Tätigkeitsschulden und Erfolgsschulden

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Ernst Stolze
Gerichtsreferendar aus Hofgeismar

Marburg 1937

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 7. November 1936

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Franz Leonhard

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät

Schrifttum

von Amira: Nordgermanisches Obligationsrecht, Band I, Leipzig 1892.
Böhmer: Der Erfüllungswille. München 1910.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft in Jherings Jahrbüchern (Jher. Jahrb.) Bd. 61, S. 263 ff.
„ System der Vertragshaftung in Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 213 ff.
Bornemann: Leistungshandlung und Leistungserfolg. Götting. Dissertation 1929.
Brodmann: Unmöglichkeit und Unvermögen in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV, 2. Abt., S. 1 ff.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Dernburg: Schuldverhältnisse 1. und 2. Aufl. 1899.
Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. Berlin 1904.
Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1932.
Etzold: Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Frankfurter Dissertation 1928.
Flatow: Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Berlin 1909.
Gierke: Deutsches Privatrecht. III. Bd. Schuldrecht, Leipzig 1895.
Hartmann: Die Obligationen, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
Hölder: Über das Klagrecht. in Jher. Jahrb. Bd. 46, S. 265 ff.
Hoeniger-Wehrle: Arbeitsrecht. 2. Aufl. 1921. Einleitung: Die beiden Grundformen des Arbeitsvertrags.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 6.—7. Auflage. Berlin und Leipzig 1931.
Kannegießer: Der Vorbehaltskaufvertrag im Konkurs. Marburger Dissertation 1932.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. Jena 1900.
Klingmüller: Unechte Gesamtschuldverhältnisse. in Jher. Jahrb. Bd. 64, S. 31 ff.
Kohler: Auslobung und Wette. In Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 25.
Korn: Der außerordentliche Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes, aus § 1708 Abs. 2 BGB. in Gruchots Beiträgen. Bd. 55, S. 790 ff.
Kreß: Allgemeines Schuldrecht.
Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre in Jher. Jahrb. Bd. 59.
„ Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug in Leipziger Zeitung für deutsches Recht. (L.Z.) Jahrg. 1926.
Kuhnt: Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin 1913.
Lechner: Abzahlungsgeschäfte. München 1932.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.
Leonhard, Franz: Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.
„ Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929 (I).
„ Besonderes Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1931 (II).
Lesser: Der Inhalt der Leistungspflicht; in Leonhards Studien. Heft 29.
Liebrecht: Ein Beitrag zur Frage betreffend die Pfändbarkeit der sog. Leihmöbel; in Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. (K.G. Bl.) 1905 S. 13 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag Bd. I 1902.
Mantey: Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem Preuß. Recht im Gebiete des allgemeinen Landrechts und dem BGB. für das deutsche Reich. Königsberg 1897.

Meisner: Der Eigentumsvorbehalt. München 1932.
Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages. 1925.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse.
Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. 1926.
Oertmann: Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften. In der Deutschen Juristen Zeitung (DJZ.) 15. Spalte 1063 ff.
" Zur Lehre vom Leistungsort; in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Bl.R.A.) Bd. 73, S. 385 ff.
" Leistungshandlung und Leistungserfolg; in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. Bd. 93, S. 256 ff. (ZHR.)
" Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers in LZ. 1927 Spalte 9 ff.
" Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. ebenda Spalte 1177 ff.
" Eine neue Theorie der Auslobung; im Österreichischen Zentralblatt Bd. 24, Jahrg. 1906.
, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse.
I. 5. Aufl. Berlin 1928
II. 5. Aufl. Berlin 1929.
Opet-Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1906.
Planck-Siber: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil) IV. Aufl. Berlin 1914.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Besond. Teil). 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II.
Reichel: Die Mäklerprovision. München 1913.
Reichsgerichtsrätekommentar: Bd. II 1934.
Riesenfeld: Der Zivilmäkler; in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruch. Beitr.) Bd. 37, S. 257 ff.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Berlin 1930.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Siber: Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts. Schuldrecht Leipzig 1931.
" Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht; in Iher. Jahrb. Bd. 50, S. 55 ff.
" Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Schloßmann: Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs; in Iher. Jahrb. Bd. 45, S. 97 ff.
Schmidt: Unechte Solidarität; in Iher. Jahrb. Bd. 72, S. 1 ff.
Schröder: Der Dienstverschaffungsvertrag. Dissertation 1914.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. II. Teil, 9. Aufl. 1928.
Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Straßburg 1899.
von Thur: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. München und Leipzig 1914.
Titze: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1926.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. I, 2. Aufl. Tübingen 1930.
Weintraud: Die Saldotheorie, in Leonhards Studien 1931.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis. (Arch. ziv. Prax.) Bd. 92, S. 1 ff.
Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900.

Gliederung

§ 1.
Einleitung

Im Schuldrecht herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Das Gesetz hat nur die wichtigsten und typischsten Vertragsarten geregelt. Aber auch eine flüchtige Betrachtung dieser Schuldverhältnisse zeigt uns zur Genüge die Mannigfaltigkeit der geschuldeten Leistungen.

So schuldet beim Kauf der Verkäufer die Übergabe und Übereignung einer Sache oder die Verschaffung eines Rechtes, während der Käufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen hat (§ 433 BGB.). Ähnlich sind die Verpflichtungen beim Tausch (§ 515 BGB.). Bei der Schenkung besteht die Leistung in der Bereicherung des Beschenkten aus dem Vermögen des Schenkers (§ 516 BGB.).

Die genannten Schuldverhältnisse (Kauf — Tausch — Schenkung) pflegt man unter der Bezeichnung „Veräußerungsverträge" zusammenzufassen.

Während man sich bei diesen Verträgen eines Gegenstandes für immer entäußert, überläßt man bei den nächsten im BGB. geregelten Verträgen (Miete — Pacht — Leihe — Darlehen) nur für bestimmte Zeit den Gebrauch eines Gegenstandes.

Beim Mietvertrag ist vom Vermieter der Gebrauch einer Sache während der Mietzeit zu gewähren und vom Mieter der vereinbarte Mietzins zu zahlen (§ 535 BGB.). Der dem Mietvertrag sehr verwandte Pachtvertrag verpflichtet den Verpächter, dem Pächter Gebrauch und Fruchtgenuß einer Sache oder eines Rechtes während der Pachtzeit zu gewähren und den Pächter, den vereinbarten Pachtzins zu entrichten (§ 581 BGB.). Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten (§ 598 BGB.). Beim Darlehnsvertrage empfängt der Darlehnsnehmer vertretbare Sachen, die er dem Darleiher später in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten hat (§ 607 BGB.). Man bezeichnet diese Verträge als „Gebrauchsüberlassungsverträge". Bei ihnen steht ebenso wie bei den Veräußerungsverträgen die Überlassung eines Gegenstandes im Vordergrund der Betrachtung.

Im Gegensatz hierzu erhalten die im 6.—11. Titel des BGB. geregelten sog. Arbeitsverträge und -schuldverhältnisse ihr besonderes

Gepräge durch die Berücksichtigung der schuldnerischen Arbeit. Zu diesen Arbeitsschuldverhältnissen gehören auch die Verwahrungsschuldverhältnisse (Verwahrungsvertrag, Einbringung von Sachen bei Gastwirten). Sie sind jedoch wegen ihres eigenartigen Inhalts besonders geregelt.

Diese Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. hat große Vorteile, insbesondere deshalb, weil sie Verwandtschaften und Unterschiede leicht erkennen läßt. Sie hat leider aber auch bewirkt, daß ein allen Schuldverhältnissen gemeinsames Merkmal, nämlich die Tätigkeit des Schuldners, in seiner Bedeutung nicht immer genügend gewürdigt wird. Auch das Gesetz selbst hat — wohl unter dem Einfluß dieser Anordnung — unterlassen, auf die Bedeutung dieses Merkmals hinzuweisen, ja, es hat sogar im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse mehr oder weniger unbewußt die Sache (den Gegenstand) zum Mittelpunkt der Betrachtung gemacht und die Tätigkeit des Schuldners nur kurz erwähnt (vgl. § 242 BGB.).

Das Schrifttum hat dem Gesetz folgend der Leistungstätigkeit des Schuldners besondere Aufmerksamkeit nur dort gewidmet, wo sie besonders hervortritt: bei den Arbeitsverträgen, insbesondere dem Dienst- und Werkvertrag.

Das Fehlen näherer Bestimmungen über die Leistungstätigkeit des Schuldners hat in mehrfacher Hinsicht Anlaß zu Zweifeln über ihren Umfang gegeben, so beim Kauf, insbesondere beim Versendungs- und beim Vorbehaltskauf.

Zur Klärung dieses Problems vermag eine besonders beim Dienst- und Werkvertrag hervortretende Unterscheidung der Schuldverhältnisse beizutragen. Es ist dies die Scheidung danach, ob eine Tätigkeit (Bemühung) als solche oder ein durch die Tätigkeit herbeizuführender Erfolg geschuldet ist, kurz die Scheidung in Tätigkeits- (Bemühungs-) schulden und Erfolgsschulden. Aus der jeweiligen Gestaltung des Schuldverhältnisses als Tätigkeits- oder Erfolgsschuld lassen sich die Handlungspflichten des Schuldners näher bestimmen.

Es soll deshalb Aufgabe dieser Arbeit sein, die einzelnen Schuldverhältnisse des BGB. daraufhin zu untersuchen, ob eine Tätigkeit oder ein Erfolg geschuldet ist (I. Teil). Die Betrachtung unter diesem Gesichtspunkt ermöglicht gleichzeitig eine schärfere Abgrenzung der einzelnen Schuldverhältnisse untereinander und vermag auch in mancher anderen Hinsicht, z. B. für die Unmöglichkeitslehre (II. Teil) und die Lehre vom Erfüllungsort und Versendungskauf, insbesondere aber für die Abgrenzung der Schuldnerpflichten (III. Teil) zur Klärung beizutragen. Im IV. Teil sollen dann einige Schuldverhältnisse behandelt werden, bei denen im Gegensatz zu den unter I—III dargestellten die Tätigkeit des Schuldners gar keine Rolle spielt und die als Enderfolgsschulden zu bezeichnen sind.

I. Die auf eine Leistungshandlung und die auf einen Leistungserfolg gerichteten Schuldverhältnisse

§ 2.

Auf einen Erfolg gerichtete Schulden.

Der Unterscheidung des Dienstvertrags vom Werkvertrag folgend, wollen wir die Schuldverhältnisse in Tätigkeits- und Erfolgsschulden einteilen, mit anderen Worten: in Schuldverhältnisse, die auf eine Leistungshandlung, und in Schuldverhältnisse, die auf einen Leistungserfolg gerichtet sind.

Hierin liegt zunächst die Behauptung, daß es gewisse Schuldverhältnisse gibt, die auf einen Erfolg gerichtet sind. Schon das ist aber bestritten. Man hat behauptet[1]), alle Forderungsrechte seien nur auf ein bestimmtes Maß von Handlungen gerichtet. Aber zur richtigen Erkenntnis des Problems ist es nötig, zwei begrifflich verschiedene Fragen scharf auseinander zu halten und in ihrem Verhältnis zueinander richtig zu würdigen, was die Gegner meist nicht tun. Es fragt sich:

1. Gehört in diesen Fällen zur Tilgung der Schuld außer der Vornahme der Leistungshandlung auch noch die Herstellung des Leistungserfolges?[2])
2. Welche Pflichten ergeben sich hieraus für den Schuldner selbst?

Die Gegner[3]) machen geltend, Verpflichtungen zur Erfolgsherstellung seien unmöglich, weil dazu außer der Leistungshandlung des Schuldners auch noch andere nicht seinem Willen unterliegende Umstände erforderlich sind. Daraus folge, daß nur „die Herstellung derjenigen Tatbestandsmomente, deren Herbeiführung durch Handlungen des Schuldners möglich ist, . . . die geschuldete Leistung darstelle"[4]).

Diese Beweisführung zeigt deutlich das unlogische Vorgehen der Gegner. Nicht aus den Schuldnerpflichten kann auf den Inhalt des Schuldverhältnisses geschlossen werden, sondern umgekehrt ergeben sich die Pflichten aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses.

---

1) Kleineidam, S. 15; Brecht, S. 229 u. 242; Schloßmann, S. 97 ff, 105; Krückmann LZ. 26 S. 9 ff.; Brecht in Iher. Jahrb.

2) Bejahend Oertmann JHR. 93 S. 362 u. dort zit., vgl. ferner Siber, Iher. Jahrb. 50, S. 173 ff.; auch Hölder Iher. Jahrb. 46, S. 265, 286 ff.

3) Insb. Schloßmann a.a.O. S. 101 ff.

4) Schloßmann a.a.O. S. 105.

Die zu 1) gestellte Frage ist zu bejahen. Der Leistungserfolg ist nicht nur ein „Wunsch des Gläubigers, um dessen Befriedigung der Schuldner bemüht sein soll“[5]), sondern Schuldinhalt. Allerdings läßt sich nicht § 241 BGB. gegen die bekämpfte Meinung anführen[6]). Wenn dort gesagt ist: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“, so läßt das nicht erkennen, ob hier das Wort „Leistung“ im Sinne von Leistungshandlung oder von Leistungserfolg gebraucht ist.

Auch der Wortlaut des § 242 BGB. läßt die zur Beantwortung dieser Frage notwendige Klarheit vermissen. Man meint[7]), das Wort „Leistung“ in § 242 BGB. könne nur Leistungshandlung bedeuten, weil es sinnlos wäre, von dem Schuldner nach Treu und Glauben die Bewirkung eines Leistungserfolgs zu fordern, auf dessen Eintritt er nach Erbringung seiner Leistungshandlungen überhaupt keinen Einfluß mehr hat. Bei dieser Beweisführung wird m. E. der Wortlaut des § 242 BGB. zu sehr gepreßt. Man „bewirkt“ (= verursacht) einen Erfolg; die Handlung ist das Mittel. Eine Leistung „bewirken“ bedeutet danach, einen Leistungserfolg herbeiführen. Hätte das Gesetz nur die Leistungshandlung im Auge gehabt, so hätte es besser formuliert: „Der Schuldner ist verpflichtet, so zu leisten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Überdies gehört in § 242 BGB. das „Treu und Glauben“ sinngemäß zu „bewirken“, also zu dem Handeln des Schuldners, nicht zu dem Wort „Leistung“. Es steht somit nichts der Auffassung entgegen, daß „Leistung“ in § 242 BGB. Leistungserfolg bedeutet.

Aber selbst wenn wir einmal unterstellen, der Ausdruck „Leistung“ sei im Gesetz manchmal im Sinne von Leistungshandlung gebraucht, so zwingt das keineswegs zu der Annahme, daß das Forderungsrecht nur auf die Leistungshandlungen gehe. Das Gesetz bietet mehrere schlagende Beweise, daß diese Behauptung unrichtig ist.

Nach § 243 Abs. 2 BGB. beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die Sache, wenn der Schuldner das zur Leistung einer Gattungssache Erforderliche getan hat. Daraus geht hervor, daß auch, nachdem der Schuldner u. U. alle ihm obliegenden Leistungshandlungen vorgenommen hat, das Schuldverhältnis noch bestehen bleibt. Das Gesetz betrachtet also die Vornahme der Leistungshandlungen noch nicht als Erfüllung i. S. von § 362 BGB.[8]).

Nach § 294 BGB. muß die Leistung dem Gläubiger, so wie

5) So Brecht Iher. Jahrb. 53, S. 228.
6) Zum folgenden Oertmann IHR. 93, S. 363 ff.
7) Oertmann a.a.O.
8) Rühl, S. 193; Leonhard I, S. 43; Oertmann IHR. 93, S. 365; derselbe auch zum folgenden; desgl. Planck-Siber, S. 22 ff.

sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Auch hier sind u. U. die Leistungshandlungen schon erbracht, sodaß der Eintritt des Leistungserfolges nur noch von den Annahmehandlungen abhängt. Wenn das Schuldverhältnis mit Erbringung der Leistungshandlungen erlöschen würde, könnte in diesen Fällen niemals ein Annahmeverzug eintreten, da hierfür ein Gläubiger vorhanden sein muß, und ein Gläubiger nur vorhanden ist, wenn ein Schuldverhältnis besteht.

Es sei weiterhin noch auf die Hinterlegung nach § 372 ff. BGB. hingewiesen. Obwohl in den meisten Fällen die Leistungshandlungen schon erbracht sind und nur das Ausbleiben der Gläubigerhandlung den Leistungserfolg verhindert hat, läßt das Gesetz das Schuldverhältnis noch nicht erlöschen, bietet dem Schuldner aber die Möglichkeit, es durch nicht rücknehmbare Hinterlegung (378 BGB.) zum Erlöschen zu bringen.

Wir betonten, daß u. U. die Leistungshandlungen schon erbracht sind, so z. B. im Falle des § 243 Abs. 2, wenn der Käufer sich die Sache abholen soll, und im Falle des § 294 BGB., wenn ein fertiges Werk anzubieten ist. Keineswegs liegt jedoch diesen Bestimmungen eine allgemeine Scheidung zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg zu Grunde[9]). Für § 243 Abs. 2 BGB. zeigt dies der Fall des Versendungskaufes, bei dem die Beschränkung i. S. jener Bestimmung mit der Absendung eintritt. Damit ist die Tätigkeit des Verkäufers aber noch nicht abgeschlossen, denn auch der Transport gehört zu seinen Leistungspflichten (s. unten S. 54ff.). Für § 294 BGB. ergibt sich das aus den Fällen, in denen der Gläubiger durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung die Leistung des Schuldners erst ermöglichen soll; z. B. der Grundeigentümer gerät dem Bauunternehmer gegenüber in Annahmeverzug, weil er die von ihm vor Baubeginn vorzunehmenden Ausschachtungsarbeiten nicht ausführt[10]). In solchen Fällen kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, obwohl eine Leistungshandlung des Schuldners noch gar nicht vorliegt. Erst recht gilt dies für die Fälle, in denen der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet ist, nachdem der Schuldner einen Teil seiner Leistung erbracht hat. Auch hier liegt Annahmeverzug vor, obwohl die Leistungshandlungen noch nicht sämtlich erbracht sind. Die Trennung von Leistungshandlung und Leistungserfolg ist nach dem Gesagten für die Rechtsfigur des Annahmeverzuges nicht verwertbar. Überhaupt muß vor einer Überschätzung dieser Scheidung gewarnt werden[11]).

Schließlich deutet auch schon die passive Form des § 362 BGB. („das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“) an, daß bei der Schuldtilgung die Leistung unter dem Gesichtspunkt des Leistungserfolges und nicht

9) a.A. Oertmann a.a.O. S, 364 u. 374 ff.
10) Leonhard I, S. 574; Kannegießer, S. 21.
11) Vollkommen ablehnend: Kannegießer, S. 15 ff, insb. S. 22.

der Leistungshandlung gewürdigt wird[12]). Dieser Eindruck wird noch verstärkt durch die Erwägung, daß nicht eine Leistungshandlung, sondern ein Leistungserfolg „bewirkt" wird (s. oben S. 10).

Nicht zuletzt spricht gegen die bekämpfte sog. Kraftanstrengungstheorie, daß der Schuldner mit Erbringung der Leistungshandlungen ohne Rücksicht darauf, ob der Leistungserfolg eintritt, die Verbindlichkeit erfüllt hätte und damit sofort die Gegenleistung fordern könnte[13]), ein unmögliches Ergebnis!

Zusammenfassend ist festzustellen: Schuldtilgende Wirkung hat in bestimmten Fällen nicht schon die Vornahme der Leistungshandlung, sondern ein Leistungserfolg „bewirkt" wird (s. oben S. 10).

Damit steht fest, daß es Schuldverhältnisse gibt, die auf einen Erfolg gerichtet sind.

Nun wird andererseits wiederum behauptet, daß jedes Schuldverhältnis auf einen Erfolg gerichtet sei[15]). Auch das widerspricht unserer Auffassung. Es muß hier zunächst der Begriff des Erfolges, wie er hier verstanden werden soll, festgelegt werden.

§ 3.

Der Leistungserfolg.

Wir sahen oben, daß das Forderungsrecht bei manchen Schuldverhältnissen auf einen Erfolg geht. Damit er erreicht wird, verpflichtet das Schuldverhältnis den Schuldner zum Tätigwerden in Richtung auf diesen Erfolg. Er ist also Zweck der Leistungshandlung. Aus diesem Zweck der Leistungshandlung ist der Begriff des Leistungserfolges zu bestimmen.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß vernünftigerweise mit den Leistungshandlungen immer bestimmte Zwecke verfolgt werden. Diese Zwecke können recht mannigfaltig sein[16]). Welcher bezweckte Tatbestand ist nun der Leistungserfolg?

Leistungserfolg ist nicht jede Folge schlechthin. Eine Handlung bewirkt, rein tatsächlich betrachtet, sehr verschiedene Folgen. Sie wirkt mittelbar unaufhörlich weiter. Wenn wir den Erfolg der Leistungshandlung mit dem Zweck der Leistungshandlung, also einer Absicht der Parteien verknüpfen, so bringen wir die Folge in Zusammenhang mit einem zunächst nur psychologischen Begriff. Der

12) Bornemann, S. 3; zu scheiden hiervon ist die Frage, ob Inhalt des Schuldverhältnisses ist, daß der Leistungserfolg durch eine Tätigkeit gerade des Schuldners herbeigeführt werden muß (darüber siehe unt. Teil IV).
13) Brodmann, S. 299, Anm. 6.
14) Oertmann JHR., S. 362 u. dort zit.
15) Vergl. statt vieler Siber Iher. Jahrb. 50, S. 239 und dort zit.; Bornemann, S. 7.
16) Vgl. Molitor, S. 5 ff., 29 ff.

maßgebende Zweck muß deshalb, um juristisch faßbar zu sein, erst objektiviert, festgelegt werden. Dies kann aber nur durch das Schuldverhältnis selbst geschehen. Wir begrenzen hiernach den Begriff des Leistungserfolges durch den in dem Schuldverhältnis zum Ausdruck gekommenen Willen der am Schuldverhältnis Beteiligten.

Das Gesetz hat nun bestimmte typische Vertragsarten näher geregelt, also auch bestimmte typische Leistungserfolge festgelegt. Dies im Einzelnen zu untersuchen, wird Aufgabe der nächsten Paragraphen sein.

Aus der Verknüpfung mit dem im konkreten Schuldverhältnis zum Ausdruck gekommenen Zweck ergibt sich weiterhin, daß für den Begriff der Erfolgsschulden nicht jede von dem Willen der Parteien umfaßte Folge „Erfolg" heißt, sondern nur diejenige, die Ziel (Endpunkt) der Leistungshandlung ist. Es werden daher die zwar auch vom beiderseitigen Parteiwillen mitumfaßten, aber nicht als Endziel der Leistungshandlung nach dem Schuldverhältnis beabsichtigten Folgen ausgeschieden und deshalb nicht geschuldet. Erst recht sind natürlich die Zwecke auszuscheiden, die nur eine der Parteien verfolgt, und die im Schuldverhältnis nicht zum Ausdruck gekommen sind, insbesondere die hinter dem Zielpunkt liegenden Folgen, die eine der Parteien als weitere Folge der Leistungshandlung erreichen will. Welche Folge Zielpunkt des Schuldverhältnisses ist, bestimmt der Wille der Parteien und zwar im Zeitpunkt der Schuldbegründung.

Hiernach braucht die Folge der Leistungshandlung, die wir hier als Erfolg bezeichnen, nicht eine unmittelbare zu sein. Sie kann vielmehr auch durch eine oder mehrere andere Folgen vermittelt werden.

Da der Wille der Parteien regelmäßig einen zu Gunsten des Gläubigers eintretenden Erfolg umfaßt (Ausnahme Vertrag zu Gunsten bzw. zu Rechten Dritter), so können wir als Erfolg bei der Erfolgsschuld auch die — normalerweise erste, u. U. erst eine weitere — beim Gläubiger oder in dessen Rechts- und Interessensphäre eintretende Folge bezeichnen.

Bei diesen auf eine weitere Folge gerichteten Schuldverhältnissen hängt oft die vom Schuldner seinerseits vorzunehmende Tätigkeit mit dem Leistungserfolg nicht unmittelbar zusammen. Der Zusammenhang wird durch eine der Gewalt der Parteien direkt nicht unterliegende Kraft vermittelt. Die Fälle, in denen der Erfolg nur unter Mitwirkung solcher mehr oder minder unabhängiger dritter Kräfte erreicht werden kann, sind außerordentlich häufig. Solche Fälle sind z. B. die Beförderung der geschuldeten Sache durch eine Transportanstalt, die behördliche Eintragung eines vereinbarten Rechts im Grundbuch. Es kommt nun vor, daß diese dritten Kräfte nicht in der beabsichtigten Richtung auf den Leistungserfolg hin fortwirken, sondern abweichen oder gar entgegenwirken. Das führt

zu den praktisch oft sehr bedeutsamen Fragen, zu wessen Lasten dies Fehlschlagen, insbesondere auch der Untergang der geschuldeten Sache geht. Ob dieser Untergang dem Verschulden einer Partei zuzurechnen ist, oder ob er zufällig ist, und wer den Schaden des Zufalles trägt, das alles ist untrennbar verbunden mit der Frage, zu wessen Pflichtenkreis das Wirken der dritten Kraft gehört. Ihre manchmal sehr große Selbständigkeit hat in verschiedenen Fällen, insbesondere für den Fall des Versendungskaufs, zu der Ansicht geführt, daß jenes Stück zwischen Schuldnertätigkeit und Leistungserfolg nicht zum Pflichtenkreis einer der Vertragsparteien gehören könne. Dies Problem wird ausführlich im III. Teil dieser Arbeit zu behandeln sein.

Es wurde oben betont, daß der Leistungserfolg Endziel der Leistungshandlung sein muß. Die Bedeutung dieses Erfordernisses zeigt sich besonders beim Dienst- und Werkvertrag. Der Dienstverpflichtete und der Werkunternehmer leisten beide Arbeit. Diese Arbeit als Einwirkung auf die Außenwelt hat immer eine irgendwie geartete Wirkung. Man kann sie deshalb von zwei Seiten betrachten: Entweder sieht man bei ihr „das Bewegliche, Verlaufende, Transitorische oder die während der Bewegung, des Verlaufs erkennbare, mitunter aber erst nach ihrem Ablauf wahrnehmbare Wirkung der Arbeit (die Sprachkenntnis, die Genesung, das mimische Kunstwerk, das Laternenlicht, der Kohlenhaufen, die Mauer)“[17]).

Rein äußerlich, etwa von einem Straßenpassanten aus gesehen, besteht kein Unterschied in der Tätigkeit eines Droschkenkutschers, wenn er das eine Mal den Fahrgast eine halbe Stunde lang spazieren fährt, das andere Mal ihn zum Bahnhof bringt[18]). Die Art der Arbeit ist die gleiche. Erst wenn man weiß, was die Arbeit jeweils bezwecken soll, kann man die Fälle scheiden. In dem letzten Fall wird mit der Tätigkeit eine b e s t i m m t e räumliche Änderung bezweckt, der Fahrgast will zum Bahnhof kommen. Im Gegensatz hierzu soll durch das Spazierenfahren (1. Fall) n u r i r g e n d e i n e räumliche Änderung herbeigeführt werden. Diese Zwecke grenzen die beiden Verträge ihrer Individualität nach ab. Der erste ist ein Dienst-, der zweite ein Werkvertrag. Die Begründung ergibt sich aus dem Gesichtspunkt, daß bei dem Werkvertrag als Erfolgsschuldverhältnis (s. unten § 4 a) der Leistungserfolg Endziel der Leistungshandlung ist. Bei der Spazierfahrt ist eine räumliche Veränderung zwar geschuldet, aber nicht als Endergebnis der Leistungshandlung, denn der Vertrag ist auch erfüllt, wenn die Spazierfahrt gerade am Ausgangspunkt beendet wird. Nur das Spazierenfahren ist geschuldet, also eine Tätigkeit. Bei der Fahrt zum Bahnhof dagegen ist gerade die bestimmte räumliche Veränderung als Folge der Lei-

17) Lotmar I, S. 90.
18) Lotmar a.a.O., S. 91.

stungshandlung geschuldet. Aus der Tatsache, daß bei den Erfolgsschulden der Leistungserfolg Endziel der Leistungshandlung sein muß, ergibt sich, daß nicht jede Folge schlechthin beachtlich ist, sondern nur eine gegenüber der Tätigkeit verselbständigte Folge.

Nach dem Gesagten kann man dort nicht von einem „Erfolg" sprechen, wo die „Gewährung des Gebrauchs der Arbeitskräfte" versprochen wird. Man spricht vielfach auch hier von einem Erfolg. Nur sei dieser Erfolg im Gegensatz zum Werkvertrag, bei dem er produktiv, d. h. die Verschaffung eines beim Schuldner noch nicht vorhandenen Wertes sei, „die Überlassung des in der Arbeitskraft des Schuldners schon vorhandenen Wertes zum Gebrauch an den Gläubiger"[19]).

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß dies Letztgenannte noch nicht als Erfolg bezeichnet werden kann, denn es ist keine verselbständigte Folge, sondern nur ein Werturteil über die Tätigkeit, eine Betrachtung derselben unter dem Gesichtspunkt ihres wirtschaftlichen Nutzens für den Gläubiger. Im übrigen ist eine solche Betrachtung der Schuldnertätigkeit beim Dienstvertrag unter dem Gesichtspunkt ihres Vermögenswertes dem Gesetz vollkommen fremd[20]).

Bei den meisten Schuldverhältnissen besteht der Erfolg in einer räumlichen, also einer in der Außenwelt sichtbar in Erscheinung tretenden Veränderung. Es ist jedoch keineswegs erforderlich, daß der Erfolg auf diese Art hervortritt, so ist dies z. B. nicht der Fall, bei einem Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einem Schüler die französische Sprache beizubringen.

Daraus ergibt sich, daß es in der Tat auch Verpflichtungen ohne Bestimmung eines eigentlichen Erfolgs gibt. Und somit ist unsere Einteilung in Erfolgs- und bloße Tätigkeitsschulden gerechtfertigt[21]).

Mit Hilfe des beschriebenen Begriffs „Leistungserfolg" soll nun in folgendem untersucht werden, welche Schuldverhältnisse sich auf einen Erfolg richten und welche nur auf die Tätigkeit als solche gehen.

---

19) Siber, Jher. Jahrb., Bd. 50, S. 239.
20) Vgl. Schröder, S. 19.
21) Vgl. auch Böhmer, Erfüllungswille, und dazu unten § 10.

§ 4.

Die Arbeitsverträge.

a) Dienst- und Werkvertrag.

Am deutlichsten tritt der Unterschied beim Dienst- und Werkvertrag hervor. Er ist mit der herrschenden Meinung[22]) dahin zu bestimmen, daß bei dem Dienstvertrag die Tätigkeit selbst, ein bestimmtes Maß von Arbeisleistungen, bei dem Werkvertrag dagegen ein durch die Arbeit herbeizuführender Erfolg ohne besondere Beachtung der dazu erforderlichen Einzeldienstleistungen geschuldet ist. Bei jenem wird die Arbeit als solche, bei diesem „ein bestimmtes Arbeitsergebnis, ein objektiver Leistungserfolg, ein gegenüber der arbeitenden Persönlichkeit verselbständigtes Werk“ geschuldet[23]).

Da diese Unterscheidung praktisch mehr Schwierigkeiten bereitet, als es den Anschein hat, so ist mehrfach versucht worden, andere Merkmale für die Unterscheidung der beiden Vertragsarten zu finden. Alle diese Versuche haben jedoch die herrschende Meinung nicht zu erschüttern vermocht.

Zunächst ist die Unselbständigkeit des Verpflichteten keine begriffliche Eigenart des Dienstvertrages. Ebensowenig liegt bei Selbständigkeit des Verpflichteten begriffsnotwendig ein Werkvertrag vor[24]). Denn zwar kann der vollkommen unselbständige Arbeiter keinen Werkvertrag, wohl aber kann der selbständige Arbeiter, z. B. ein Rechtsanwalt oder Arzt, einen Dienstvertrag schließen[25]). So besteht ferner auch zwischen einer juristischen Person, z. B. einer Aktiengesellschaft, und ihrem Vorstand regelmäßig ein Dienstvertrag[26]).

Nach Rümelin soll der maßgebende Unterschied darin liegen, daß beim Werkvertrag der Unternehmer, beim Dienstvertrag dagegen der Arbeitgeber die Gefahr des Erfolges trägt[27]). Damit greift er jedoch nur eine, wenn auch sehr häufig zutreffende Unterscheidung in den rechtlichen Folgen der beiden Verträge heraus, nicht aber ihre begriffliche Eigenart, die diese Folge erst bewirkt.

Andere wollen nach der Art der Lohnberechnung (Zeitlohn — Stücklohn) trennen, so insbesondere Lotmar[28]). Er geht von der oben (S. 14/15) dargelegten Erwägung aus, daß die Arbeit unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden kann. Entweder betrachtet

---

22) Enneccerus-Lehmann, § 142, I, 1; Leonhard, II, S. 196 ff.; Oertmann Vorbem. I b vor § 611; Planck Vorbem. VIII, 2 vor § 611; RG. Bd. 72, S. 179; Bd. 86, S. 75; Staudinger Vorbem. I, 1 vor § 611 und dort zitierte.
23) Gierke III, S. 591; Warneyer § 611, I.
24) Vgl. Rümelin, S. 31 ff.
25) Planck a.a.O.; Oertmann a.a.O.
26) Enneccerus-Lehmann, § 142 I 1 c.
27) a.a.O.
28) a.a.O.

man das „fortlaufende transitorische", oder man sieht auf die Wirkung. Diese verschiedenen Betrachtungsweisen der Arbeit müßten, um für den „Arbeitsvertrag" von Bedeutung zu sein, im Tatbestand zum Ausdruck kommen und realisiert werden. Er fährt dann fort: „Da der Tatbestand des Arbeitsvertrages im wesentlichen nichts anderes ist als die Festsetzung eines Entgeltverhältnisses von Arbeit und Vergütung, so kann jene Realisierung nicht ohne Beizug des Entgeltes vor sich gehen." Die verschiedenen Betrachtungsweisen bedeuteten daher zweierlei Formen des Entgeltverhältnisses: die Vergütung sei entweder mit der Arbeit als solcher oder mit der Arbeit samt Ergebnis verknüpft. Der Arbeitgeber schließe einen Vertrag zwar nur im Hinblick auf eine Wirkung ab, im Äußeren, im Arbeitsvertrag aber, könne „bei der Aufstellung des Entgeltverhältnisses von der Wirkung der Arbeit abstrahiert werden, weil ihre Wirkung als regelmäßig unvermeidliche Begleiterin der Arbeit angesehen werde." Hieraus ergäben sich die zwei Grundformen des Arbeitsvertrages: Zeitlohnvertrag und Akkord.

Auch diese Trennung wird nicht allen Fällen gerecht. Zwar wird meistens der Lohn beim Werkvertrag Stücklohn, beim Dienstvertrag Zeitlohn sein. Es kann aber auch beim Werkvertrag Zeitlohn und beim Dienstvertrag Stücklohn vereinbart sein[29]). So bleibt der Vertrag ein Werkvertrag, auch wenn der Schneider die Herstellung eines Anzuges nach der Zahl der aufgewendeten Arbeitsstunden vergütet erhält[30]). Umgekehrt wird der Dienstvertrag nicht etwa zu einem Werkvertrag, wenn der Arbeiter nach Akkord bezahlt wird.

Der Begriff des Akkordvertrages deckt sich also nicht mit dem des Werkvertrages[31]). Es würde auch eine durch nichts gerechtfertigte Härte dem Akkordarbeiter gegenüber darstellen, wenn ihm auf diesem Wege die sozialen Wohltaten der §§ 617 ff. entzogen würden[32]).

In der Erkenntnis, daß aus diesen äußerlichen Begleitumständen ein allgemeingültiger Wesensunterschied nicht gewonnen werden kann, hat man neuerdings mehrfach versucht, die Scheidung nach dem Inhalt der zu leistenden Arbeit vorzunehmen. Dabei wird aber leider übersehen oder doch nicht genügend betont, daß alle gewonnenen Ergebnisse nur Auslegungsregeln sein können und daß darüber hinaus die Parteivereinbarung die Leistung nach ihrem Belieben unter den Dienst- oder den Werkvertrag bringen kann.

Zunächst steht so viel fest, daß der Inhalt der Arbeit schlechthin

29) Letzteres gibt auch Lotmar zu, beim Werkvertrag hält er aber nur Stücklohn für möglich.
30) Leonhard II, S. 197. a.A. Lotmar, S. 422 u. 862 ff.; vgl. auch Oertmann Vorbem. I b vor § 611 a.E.
31) Oertmann a.a.O. 1 c.
32) Leonhard a.a.O.

nichts über die Art des Vertrages (Dienst- oder Werkvertrag) besagt, da sowohl die Arbeitsverrichtung selbst, als auch ihr Erfolg geschuldet sein kann. Der Rasiergehilfe erfüllt, wenn er einen Kunden rasiert, durch dieselbe Handlung eine eigene Dienstverpflichtung gegenüber dem Dienstherrn und eine Werkverpflichtung des letzteren gegenüber dem Kunden[33]).

Aber auch durch Betrachtung des Arbeitsinhalts unter einem besonderen Gesichtspunkt läßt sich keine allgemeingültige Regel finden.

Höniger[34]) hält für entscheidend, ob die Leistung speziell oder individuell genau bestimmt (Speciesleistung) oder ob sie nur gattungsmäßig bestimmt (Gattungsleistung) versprochen ist. Er behauptet, die Unterscheidung zwischen Species- und Gattungsleistung decke sich „in einer übergroßen Zahl der Fälle" mit der zwischen Werk- und Dienstvertrag, ebenso wie auch die Unterscheidung zwischen selbst- und fremdbestimmter Arbeit dies tue[35]). Bei dieser Auffassung erhält der Arbeitserfolg die Bedeutung eines Mittels zur Konkretisierung der Arbeitsleistung[36]).

Es mag dahingestellt bleiben, ob sich die Unterscheidungen tatsächlich jeweils in einer übergroßen Zahl der Fälle decken. Die Unbrauchbarkeit der Unterscheidung zwischen Species- und Gattungsleistung für den Dienst- und den Werkvertrag zeigt schon eine andere Überlegung: Bei persönlich vorzunehmender Arbeit, die beim Dienstvertrag die Regel bildet, kann nicht eine reine Gattungsleistung Vertragsinhalt sein, weil solche Arbeitsleistungen nicht ersetzbar sind. Ferner ist eine Unterscheidung danach, ob bei dem Vertragsschluß eine engbegrenzte Bestimmung oder nur eine Festlegung in großen Zügen erfolgt, wertlos, weil bei dieser Individualisierung so viele Abstufungen möglich sind, daß für die Abgrenzung der beiden Vertragsarten eine auch nur einigermaßen klare Linie nicht zu finden ist[37]). Auch der Unterschied zwischen fremd- und selbstbestimmter Arbeit deckt sich keineswegs mit dem zwischen Dienst- und Werkvertrag[38]).

Eine der herrschenden Meinung sehr nahekommende Trennung versucht Nikisch[39]). Er scheidet die Arbeitsverträge in solche, bei welchen der Tätigkeit des Schuldners schon durch den Inhalt der übernommenen Arbeit ein natürliches Ziel gesetzt ist, und solche, bei denen diese Begrenzung mangels eines derartigen Zieles durch Bestimmung eines Zeitpunktes erfolgen muß (erfolgbestimmte und zeit-

33) Enneccerus-Lehmann, § 142 I 1 c.
34) Höniger-Wehrle, S. XV ff.
35) a.a.O., S. XVII.
36) a.a.O., S. XVIII oben.
37) Hueck-Nipperdey, S. 92, Anm. 16.
38) Im Einzelnen siehe dazu Hueck-Nipperdey a.a.O.
39) Nikisch a.a.O. Ihm hat sich angeschlossen Jakobi: Grundlehren des

bestimmte Arbeit). Erstere seien Werkverträge, letztere Dienstverträge.

Aber auch diese Scheidung wird nicht allen Fällen gerecht. So wird bei der Verpflichtung zum Heizen eines Raumes für drei Stunden zeitbestimmte Arbeit versprochen. Trotzdem muß ein solcher Vertrag als Werkvertrag behandelt werden[40]). Ebenso wenig fällt jede erfolgbestimmte Arbeit unter den Begriff des Werkvertrages. Es ist nicht einzusehen, weshalb es kein Dienstvertrag sein soll, wenn etwa eine Kraftwagenfabrik einen Maschineningenieur oder eine chemische Fabrik einen Chemiker dazu verpflichtet, täglich mehrere Versuche vorzunehmen und diese Versuche enden sollen, wenn ein bestimmter Erfolg eintritt[41]). Auch hier ist der Tätigkeit des Schuldners durch die Möglichkeit eines Erfolgseintritts — der als erreichbar bekannt ist — ein natürliches Ziel gesetzt. Der Ingenieur oder der Chemiker will sich aber keineswegs auf diesen Erfolg verpflichten und die Firma dies billigerweise auch nicht verlangen. Nikisch will in solchen Fällen damit aushelfen, daß er eine mittelbare Zeitbestimmung durch ein künftiges Ereignis annimmt[42]). Das reicht aber nur für solche Fälle aus, in denen dies künftige Ereignis nicht der vom Schuldner versprochene Erfolg ist. Denn sobald ein solcher Erfolg geschuldet ist, liegt eine erfolgbestimmte Tätigkeit, also nach Nikisch ein Werkvertrag vor. Er nimmt deshalb mittelbare Zeitbestimmung dann an, wenn das Ende der Arbeitsleistung auf einen von dritter Seite herbeizuführenden Erfolg abgestellt ist. Er beschränkt jedoch diese Behauptung sogleich wieder ein, indem er auch dann mittelbare Zeitbestimmung annimmt, wenn der Schuldner den Erfolg zwar nicht allein herbeiführt, wohl aber an dem Zustandekommen jenes Erfolges irgendwie mitwirkt. Damit verwischt er aber die Grenze zwischen zeitbestimmten und erfolgbestimmten Verträgen, denn bei den meisten Arbeiten ist die Mitwirkung Dritter oder des Gläubigers notwendig[43]).

Nach alledem ist festzustellen, daß sich eine allgemeingültige Trennung von Dienst- und Werkvertrag nach der Art der zu leistenden Arbeit nicht durchführen läßt. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall danach zu fragen, ob der Leistungserfolg als Zweck der Leistungshandlung in das Schuldverhältnis aufgenommen worden ist. Die

---

Arbeitsrechts, S. 46 ff.

40) Hueck-Nipperdey a.a.O. mit weiteren Gründen gegen Nikisch; vgl. auch Molitor JW. 1927, S. 229 f.

41) Vgl. auch RGRK. Vorbem. vor § 611 Bem. 1 u. OLG. 36, S. 114.

42) S. 24 ff.

43) Nikisch rechnet zu den erfolgbestimmten Tätigkeiten auch das Applaudieren. Faßt man den Begriff des Erfolges einmal recht weit, so mag das richtig sein, wenn Applaudieren schlechthin versprochen wird. Wie aber, wenn jemand sich verpflichtet, 2 Minuten lang zu applaudieren oder solange ein Bedürfnis besteht, d. h. bis das Publikum allgemein applaudiert? So treffend Hueck-Nipperdey a.a.O.

Entscheidung darüber trifft der Wille der Vertragsparteien. Dieser ist völlig frei und deshalb auch nicht gezwungen, das natürliche Ziel einer Handlung stets als geschuldeten Erfolg in das Schuldverhältnis aufzunehmen. Es gibt Fälle, in denen der Erfolg — als natürliches Ziel der Leistungshandlung — gar nicht Inhalt des Schuldverhältnisses sein kann, weil der Schuldner nicht weiß, was mit seiner Tätigkeit bezweckt werden soll. So bei der rein mechanischen Bedienung von Hebeln u. dgl. Der Schuldner sieht vielleicht gar nicht, was seine Handlung bewirkt, sei es tatsächlich nicht, sei es, weil er dazu besondere Sachkenntnis besitzen müßte. Und doch hat die Handlung ein bestimmtes, natürliches Ziel, das der Gläubiger erreichen will.

Die hier vertretene Ansicht berührt sich in mehreren Punkten mit den von Molitor entwickelten Grundsätzen[44]). Er stellt zunächst den Begriff der Arbeit heraus, die ja Inhalt des Dienst- und des Werkvertrages ist. Arbeit ist nach ihm nicht jede Tätigkeit schlechthin. Als Arbeit bezeichnet er nur die Tätigkeit, die „nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Erreichung eines über die Tätigkeit hinausgehenden Zwecks ausgeübt wird"[45]), kurz: zweckgerichtete Tätigkeit. Die Erreichung des Zwecks könne mit zum Gegenstand des auf Arbeit gerichteten Vertrags gemacht werden, sodaß die Verpflichtung zur Arbeit nur erfüllt sei, wenn der Zweck erreicht werde[46]). Nun habe eine Tätigkeit aber viele Zwecke[47]). Insbesondere bezwecke die Tätigkeit einen „Erfolg" stets, nämlich den, daß der Arbeitsvorgang sich abspiele und die ihn verursachende Arbeitskraft sich auswirke[48]). Dieser Erfolg bilde, weil er von der Tätigkeit nicht zu trennen sei, notwendig auch den Gegenstand des auf Arbeit gerichteten Vertrages.

Das zuletzt Gesagte kann nicht unwidersprochen bleiben; wenn man hier von einem „Erfolg" redet, so widerspricht das unseren obigen Darlegungen (§ 3); es dürfte auch der Betrachtungsweise des Lebens fremd sein. Das, was Molitor als Erfolg bezeichnet, ist genau gesehen, nur die Tätigkeit (Arbeit), betrachtet bei oder nach ihrem Ablauf. Er schwächt das Gesagte später selbst ab, wenn er zugibt, „daß man unwillkürlich den mit der Arbeit notwendig verbundenen Erfolg, eben weil dieser Erfolg eintreten muß, gar nicht als Erfolg bewertet, sondern nur den Vorgang im Auge hat, der diesen Erfolg bildet"[49]). Es erscheint daher wohl richtiger, als Erfolg nur eine der Tätigkeit gegenüber verselbständigte Folge zu bezeichnen[50]). Molitor ist genötigt, von dem beschriebenen

44) Das Wesen des Arbeitsvertrages, insb. S. 29 ff.
45) a.a.O., S. 6.
46) a.a.O., S. 19.
47) Vgl. auch oben § 3.
48) a.a.O., S. 29.
49) a.a.O., S. 30.
50) S. oben § 3, insb. S. 14/15.

„Erfolg“ einen weiteren, der über den in der Arbeit selbst liegenden Erfolg hinausgeht, zu scheiden; werde ein solcher weiterer Erfolg zum Gegenstand des Vertrages gemacht, so liege ein Werkvertrag, andernfalls ein Dienstvertrag vor. Eine solche Scheidung ist bei der oben gegebenen Begriffsbestimmung des Erfolges[51]) nicht nötig. Wir können vielmehr einfacher sagen: ein auf eine Tätigkeit gerichteter Vertrag ist Dienstvertrag; ein auf einen Erfolg gerichteter Vertrag ist Werkvertrag.

Bei dieser Unterscheidung ist die Verlegung des entscheidenden Umstandes in den Willen der Vertragsparteien unvermeidbar. Das kann sich praktisch nachteilig auswirken, wenn dieser Wille später nicht mehr eindeutig festgestellt werden kann. In solchen Zweifelsfällen sind die Erörterungen Nikischs und Hönigers eine wertvolle Hilfe zur Ermittelung des Vertragsinhaltes, weil die Art der zu leistenden Arbeit immerhin Anhaltspunkte dafür gibt, was geschuldet sein sollte.

b) Der Mäklervertrag.

Auch der Mäklervertrag ist Arbeitsvertrag, und dem Dienst- und dem Werkvertrag nahe verwandt. Ist er nun wie dieser Erfolgs- oder wie jener Tätigkeitsvertrag?

Eine Regelung des Mäklervertrages ist im BGB. nur erfolgt, soweit der Mäklerlohn in Frage steht. In § 652 BGB. heißt es: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt.“ Die Regelung der Frage, ob und inwieweit der Mäkler zu einer Tätigkeit verpflichtet wird, hat der Gesetzgeber absichtlich unterlassen. Schon im früheren Recht war das Wesen des Mäklervertrags umstritten. Da das BGB. sich mit der Regelung bezüglich des Lohnes begnügt, bleibt für die alten Streitfragen weiterhin Platz. Es wird darüber gestritten, ob der Mäklervertrag nur als einseitig — den Auftraggeber — oder auch als zweiseitig verpflichtender Vertrag geschlossen werden kann[52]). Einigkeit besteht jedoch darüber, daß Mäklerverträge ohne Tätigkeitspflicht des Mäklers möglich sind. Da für solche nichtverpflichtende Verträge die Frage, ob die Pflicht auf eine Tätigkeit oder auf einen Erfolg gerichtet sei, keinen Sinn hat, muß hier richtiger gefragt werden: Wird der Mäklerlohn für eine Tätigkeit des Mäklers oder für einen von ihm herbeigeführten Erfolg geschuldet[53]).

51) S. oben § 3.
52) Ausführliche Schrifttumsangabe bei Oertmann Vorbem. vor § 652 Bem. 3 a.
53) Die Frage, ob und inwieweit eine Verpflichtung des Mäklers beim Mäklervertrag bestehen kann, ist später (s. unt. S. 28 ff.) bei Vergleich mit anderen Verträgen zu erörtern.

Betrachten wir einmal die vom Gesetz in Betracht gezogene Tätigkeit des Mäklers. § 652 BGB. spricht von dem „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages" und von der „Vermittlung eines Vertrages". Die beiden Ausdrücke „Nachweis" und „Vermittlung" deuten auf eine Erfolgsschuld.

Zunächst die Nachweisung[54]).

„Nachweisung ist eine Art der Kenntnisverschaffung. Sie steht insoweit mit dem Vorweisen, Ausweisen, Mitteilen, Benachrichtigen, Auskunfterteilen auf einer Linie"[55]). Die Besonderheit der Nachweisung diesen Tätigkeiten gegenüber besteht darin, daß bei ihr dem Auftraggeber eine ihm bis dahin unbekannte Gelegenheit — beim Mäklervertrag eine Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages — mitgeteilt wird. Hiernach kann die Mäklertätigkeit in zwei Stadien gegliedert werden:

1. das Aufsuchen einer vertragsgeneigten Person = das Ermitteln einer Gelegenheit,
2. das Übermitteln der erkundeten Gelegenheit.

Der Mäkler soll eine „Gelegenheit" zum Abschluß eines Vertrages, den Namen einer vertragsgeneigten Person, nachweisen. Vertragsgeneigt ist eine Person, mit der ein Vertragsschluß der gewünschten Art mit hinreichend begründeter positiver Erfolgsaussicht versucht werden kann[56]). Die bloße abstrakte Möglichkeit eines Vertragsabschlusses mit der Person, deren Namen der Mäkler dem Auftraggeber mitteilt, genügt nicht. Hat der Auftraggeber später tatsächlich mit einer solchen Person den gewünschten Vertrag abgeschlossen, so hat der Mäkler die Abschlußgelegenheit nicht nachgewiesen, mithin die Nachweisprovision nicht verdient.

Der Mäkler soll weiterhin die erkundete Gelegenheit übermitteln. Durch diese Übermittlung soll der „Vorstellungsschatz des Auftragsgebers um die Vorstellung einer konkreten Abschlußmöglichkeit bereichert werden."[57]) Eine solche Bereicherung tritt nicht ein, wenn der Mäkler dem Auftraggeber eine Gelegenheit übermittelt, die dieser zur Zeit der Übermittlung schon kannte. Der Mäkler hat hier nicht nachgewiesen und daher keinen Lohnanspruch. Andererseits hat der Mäkler eine Gelegenheit nachgewiesen und einen Anspruch auf Lohn, wenn der nachgewiesene Vertragsgegner dem Auftraggeber zwar bekannt war, nicht aber seine Vertragsgeneigtheit[58]). Die Nachweisung geschieht in der Weise, daß der Mäkler dem Auftraggeber über die vertragsgeneigte Person min-

54) Vgl. zum Folgenden die ausführlichen Erörterungen bei Reichel a.a.O., S. 138, und Riesenfeld i. Gruch. Beitr., Bd. 37, S. 267 ff.
55) Reichel a.a.O.
56) Reichel a.a.O., S. 139.
57) Reichel a.a.O. 141.
58) RG. 6, 188, Reichel a.a.O., S. 143, mit weiterem Schrifttum.

destens so viel mitteilt, daß der Auftraggeber in der Lage ist, selbst mit ihr in Verhandlungen einzutreten. Dazu ist erforderlich, daß die Person ihrer Identität und ihrer Anschrift nach angegeben wird.

Nachweisung ist also Kenntnisbereicherung. Hier liegt der Schwerpunkt der Mäklertätigkeit. Die Tätigkeit als solche ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Maßgeblich ist der durch sie herbeigeführte Erfolg: die Kenntnis, das Wissen des Auftraggebers von der Abschlußmöglichkeit, die ihm die Wissensgrundlage für seine Entschlußfassung geben. Die Tätigkeit als solche ist für den Auftraggeber wertlos. Erst ihr Erfolg hat für ihn Bedeutung, weil erst dieser den Abschluß eines Vertrages ermöglicht. Deshalb verdient der Mäkler auch seinen Lohn, wenn er gar nicht mehr zu arbeiten braucht, weil er schon Interessenten für den vom Auftraggeber gewünschten Vertrag kennt und diese dem Auftraggeber bezeichnet.

Dieser Zusammenhang hat eine eigenartige Gestaltung des Mäklervertrages bewirkt. Zwei Folgen der Mäklertätigkeit sind für den Mäklervertrag von Bedeutung. Die erste in der Rechtssphäre des Auftraggebers eintretende Folge der Leistungshandlung, nämlich das Wissen des Gläubigers von der Abschlußmöglichkeit und eine weitere Folge, nämlich der Vertragsabschluß. Damit die erste Folge ein Erfolg im Sinne des oben in § 3 Ausgeführten genannt werden kann, muß sie das Endziel der Leistungshandlung darstellen. Diesem Erfordernis genügt sie insofern, als sie eine gegenüber der Tätigkeit verselbständigte Folge ist. Wird sie aber nicht durch den späteren Vertragsschluß verdrängt? Ist nicht dieser Endziel der Leistungshandlung? Anders ausgedrückt: Wird der Mäklerlohn nicht für diese Folge bezahlt? Die Frage aufwerfen, heißt sie verneinen.

Der Mäklerlohn kann allerdings, wie § 652 BGB. besagt, nur gefordert werden, wenn der Vertrag zustande kommt. Das bedeutet jedoch noch nicht, daß er für den Vertragsschluß gezahlt wird.

Auch beim Mäklervertrag erfolgt die Tätigkeit im Hinblick auf den späteren Vertragsschluß. Der Unterschied gegenüber anderen Verträgen liegt jedoch darin, daß dieser Vertragsschluß durch die Tätigkeit nicht herbeigeführt, sondern nur gefördert werden soll. Bei den meisten anderen Erfolgsschulden muß der Schuldner die auf den Erfolg gerichteten und die für den Erfolg notwendigen Leistungshandlungen vornehmen, soweit sie ihm überhaupt möglich sind. Nur solche Handlungen sind dabei ausgenommen, die der Gläubiger oder ein Dritter ausführen muß und die nur er oder der Dritte ausführen kann. Mag der Schuldner auch menschliche Hilfe oder Naturkräfte in Anspruch nehmen, so ist das immerhin doch seine Handlung, weil er diese Kräfte leitet, in Bewegung setzt und anhält. Im Gegensatz hierzu soll der Nachweismäkler und auch der Vermittlungsmäkler[59]) keineswegs a l l e ihm möglichen Leistungs-

59) Über diesen s. unt. 25 ff.

handlungen, die zur Herbeiführung des Vertragsschlusses nötig sind, vornehmen; ja, unter Umständen kann der Auftraggeber zur Bedingung machen, daß der — verabredungsgemäß zur Tätigkeit nicht Verpflichtete — Mäkler, wenn er tätig wird, nur eine vertragsgeneigte Person nachweisen soll, während der Auftraggeber, weil er darin größere Erfahrung hat oder zu haben glaubt, die weiteren Verhandlungen selbst übernehmen will. Oft wird der Mäkler selbst nur nachweisen wollen, weil er darüber hinaus zu langwierigen Vermittlungsverhandlungen keine Zeit hat.

Der Schuldner einer gewöhnlichen Erfolgsschuld hat so viel fördernde Bedingungen zu setzen, als zur Herbeiführung des Erfolgs nötig sind. Der Nachweis- und Vermittlungsmäkler hat nur irgendeine fördernde Bedingung oder mehrere fördernde Bedingungen zu setzen, keineswegs aber alle die Bedingungen, die den Vertragsschluß bewirken. Im ersteren Falle muß der Schuldner soviel tun, daß der Erfolg ohne sein Zutun eintreten kann, im letzteren Falle (beim Mäklervertrag) braucht das Handeln des Schuldners nur ursächlich zu sein[60]. „Es genügt eine Tätigkeit, die nach den gewöhnlichen Regeln der adäquaten Verursachung als notwendige Bedingung des eigetretenen Erfolgs anzusehen ist.“[61])

Entsteht nun mit dem Vertragsschluß der Lohnanspruch des Mäklers, ohne daß er alle für dessen Zustandekommen notwendigen Leistungshandlungen vorgenommen hat, so kann man auch nicht sagen, der Mäklerlohn werde für den erfolgten Abschluß des Vertrags gezahlt.

Hiernach kann der Vertragsschluß für den Nachweis- und Vermittlungsmäklervertrag nicht als Leistungserfolg bezeichnet werden, denn bei den Erfolgsschulden ist der Erfolgseintritt das die Gegenleistung verdienende Moment. Wie bereits erwähnt, wird der Lohn auch nicht für die Mäklertätigkeit als solche gezahlt[62]). Wird der Mäkler nicht für den Vertragsabschluß, auch nicht für seine Tätigkeit als solche entlohnt, so bleibt nur jene erste Folge, die Kenntnisbereicherung als das lohnverdienende Moment übrig.

Diesem Ergebnis kommt R e i c h e l[63]) einmal sehr nahe, wenn er sagt: „Der Mäkler wird belohnt nicht schon für seine Tätigkeit als solche, sondern für die durch diese stattgehabte F ö r d e r u n g[64]) eines wirklich eingetretenen Erfolges.“ Er fährt dann jedoch fort, der Mäklervertrag stehe insofern zum Werkvertrag in Verwandtschaft. Der Abschluß des Vertrages sei hier gewissermaßen das „Werk“ des Schuldners. Dieser Gedanke findet sich auch bei

60) Die herrschende Meinung verlangt Ursächlichkeit des Handelns. A. A. Reichel. Er stellt eine sog. Verdienstlichkeitstheorie auf.
61) RG. in Warn. 08 Nr. 626, S. 500.
62) Ebenso Reichel a.a.O., S. 154, ROHG. 11, S. 200 ud. dort zit.
63) a.a.O., vgl. auch Siber, Rechtszwang, S. 22.
64) Die gesperrte Stelle ist von mir hervorgehoben.

anderen[65]) wieder. Man erklärt, der Mäklervertrag sei mit dem Werkvertrag nahe verwandt, weil der Lohnanspruch einen bestimmten Erfolg, nämlich den Vertragsabschluß voraussetze. Hierbei wird zu einseitig auf diese weitere Folge gesehen und die erste Folge, nämlich die Kenntnisbereicherung, nicht beachtet. Die Verwandtschaft mit dem Werkvertrag ergibt sich nicht aus jener weiteren Folge (Vertragsabschluß), sondern aus der ersten Folge (Kenntnisbereicherung). Wie beim Werkvertrag das hergestellte Werk, so ist beim Mäklervertrag die Kenntnisbereicherung der Leistungserfolg und das lohnverdienende Moment. Nichts anderes bedeutet auch der Satz, der Mäkler werde für die durch seine Tätigkeit stattgehabte „Förderung" eines wirklich eingetretenen „Erfolges" entlohnt. Denn das ursächliche, fördernde Moment ist jene Kenntnisbereicherung.

Das bisher von den Nachweisen Gesagte gilt entsprechend auch für das Vermitteln. „Vermitteln" bedeutet ein Mehr gegenüber dem Nachweis. Dieses Mehr ist die Förderung des Vertragsschlusses durch Verhandeln mit dem Vertragsgegner[66]), besteht also darin, daß der Mäkler den Vertragsgegner nicht nur nachweist, sondern auch auf ihn einwirkt. Der Nachweisungsmäkler hat es in erster Linie mit dem Auftraggeber, der Vermittlungsmäkler mit dem Vertragsgegner zu tun. Die Tätigkeit des Vermittlungsmäklers zerfällt in drei Stadien:

1. das Aufsuchen einer vertragsgeneigten Person,
2. die Beeinflussung des Vertragsgegners in Richtung auf den Vertragsabschluß,
3. das Übermitteln der Vertragsgeneigtheit an den Auftraggeber.

Je nach den Umständen kann eines der Stadien wegfallen (z. B. 1.) oder muß die Tätigkeit mehrmals erfolgen (z. B. 2.). Im Regelfall muß der Mäkler mit dem in seinen wesentlichen Punkten festgelegten Vertragsinhalt an den Vertragsgegner herantreten. Das allein genügt jedoch nicht. Er muß weiterhin auch noch fördernde Vorstellungen erwecken oder hindernde beseitigen.

Die Parteien vereinbaren vielfach andere Tätigkeiten, die bald zwischen Nachweisen und Vermitteln liegen, (so das Zuführen einer vertragsgeneigten Person), bald ein abgeschwächtes Nachweisen oder ein verstärktes Vermitteln darstellen. Immer aber muß die Tätigkeit beim Mäklervertrag, wie wir oben sahen, fördernd für den Vertragsschluß sein. Überall ist nicht die Tätigkeit selbst maßgebend, sondern der durch sie bewirkte Erfolg (Kenntnisbereicherung, Abschlußbereitschaft des Vertragsgegners). Dies zeigen besonders die Fälle, in denen der Mäkler eine Gelegenheit nicht zu ermitteln, also nicht tätig zu werden braucht, weil er schon eine solche Gelegenheit kennt.

65) Vgl. statt vieler Staudinger § 652 Bem. I, 2 a.
66) Siehe Reichel a.a.O., S. 144.

Als Ergebnis unserer Erörterungen können wir folgendes festhalten:

Nachweisungs- und Vermittlungsmäklervertrag sind Erfolgsverträge. Leistungserfolg ist bei der Nachweisung die Kenntnisbereicherung, bei der Vermittlung die Abschlußbereitschaft.

Diese Erfolge können durch Parteivereinbarung eine besondere Färbung erhalten. Stets aber ist ein Leistungserfolg geschuldet, der den Zusammenhang zwischen Tätigkeit und Vertragsabschluß vermittelt.

Dieser Leistungserfolg ist das lohnverdienende Moment.

Der spätere Vertragsabschluß ist nur das den Lohnanspruch auslösende Moment.

Steht somit fest, daß das Gesetz einen Leistungserfolg für den Inhalt des Mäklervertrages zu mindestens als Normalfall annimmt, so beweist das gleichzeitig, daß der Mäklervertrag nicht wegen seines Leistungsinhalts als selbständiger Vertragstypus angesehen werden kann. Denn in diesem Falle wäre er höchstens ein besonders gestalteter Werkvertrag, dessen Bestimmungen dann ebenfalls auf ihn Anwendung finden könnten. Daß der Lohn nur dann geschuldet sein soll, wenn der Vertragsschluß, also eine weitere hinter dem Leistungserfolg liegende Folge, zustande kommt, widerspricht nicht dem Wesen des Werkvertrages. Daraus könnte man eben nur auf einen besonders gearteten Werkvertrag schließen[67]). Das den Mäklervertrag vom Werkvertrag unterscheidende Merkmal muß also ein anderes sein.

R i e s e n f e l d [68]) meint zwar, daß schon die Art des Arbeitserfolges die Wesensverschiedenheit der beiden Vertragsarten begründe. Er ist der Ansicht, daß Gegenstand des Werkvertrages nur eine „m a t e r i e l l e Produktion" sein könne. Das Resultat der Mäklertätigkeit sei ein rein ideelles, nämlich die Übereinstimmung des Willens zweier Personen über ein Rechtsgeschäft. Aber diese Unterscheidung, die schon für das gemeine Recht bestritten war, ist für das BGB. gar nicht berechtigt (§ 631 Abs. 2 BGB.). Auch immaterielle Erfolge können Gegenstand des Werkvertrages sein (s. oben unter a).

Es zeigte sich, daß der Mäklervertrag vom Werkvertrag nicht der Leistung nach geschieden werden kann. Ist dies wenigenstens gegenüber dem Dienstvertrag möglich? Ja, wenn der Mäklervertrag ein Erfolgsvertrag ist; nein, wenn er auch Tätigkeitsvertrag sein kann.

Bei den Tätigkeitsschulden wird nach dem oben (§ 3) Gesagten eine gegenüber der Leistungshandlung verselbständigte Folge nicht gefordert. Es ist gleichgültig, ob die Tätigkeiten für ein Ereignis ursächlich sind. Hiernach deckt sich die oben gestellte Frage mit der folgenden: Kann, ohne daß der Vertrag seine Eigenart als Mäkler-

67) Im Ergebnis ebenso Siber, Rechtszwang, S. 22.
68) Riesenfeld a.a.O., S. 36.

vertrag verliert und zum Dienstvertrag wird, das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Mäklertätigkeit und Vertragsabschluß wegbedungen werden?

Zweifellos kann die Bestimmung des § 652 BGB. abgeändert werden, ebenso wie alle anderen Bestimmungen über Mäklerverträge (außer § 5 Abs. 2 St.V.G., der zwingenden Rechtes ist), da sie nur nachgiebiges Recht enthält. Es fragt sich jedoch, wieweit dies möglich ist, ohne die Wesensart des Vertrages zu ändern.

Für die Entscheidung unserer Frage ist die Gestaltung der schuldnerischen Verpflichtung in den beiden Verträgen ausschlaggebend.

Es besteht im allgemeinen Einigkeit sowohl darüber, daß dem Mäklervertrag eine Tätigkeitspflicht nicht wesentlich ist — sei es ohne weiteres, sei es kraft Parteivereinbarung —, als auch darüber, daß andererseits für den Dienstvertrag eine Tätigkeitspflicht begriffsnotwendig ist. Vereinbaren nun die Parteien, daß das Erfordernis der Ursächlichkeit der Mäklertätigkeit für den Vertragsschluß ausgeschlossen und ferner der Mäkler zum Tätigwerden nicht verpflichtet sein soll, so kann dies kein Dienstvertrag sein, weil die für den Dienstvertrag erforderliche Verpflichtung fehlt. Noch weniger läßt sich diese Vereinbarung unter eine andere Vertragsart bringen. Es bleibt nur die Möglichkeit, ihn unter den Begriff des Mäklervertrages einzureihen, oder als besondere, im BGB. nicht geregelte Vertragsart zu behandeln. Er ist am besten als im Gesetz nicht geregelter Mäkler*tätigkeits*vertrag dem im Gesetz geregelten Mäkler*erfolgs*vertrag zur Seite zu stellen[69]. Der Mäklervertrag kann hiernach auch vom Dienstvertrag seiner Leistung nach nicht geschieden werden, da er nach dem Gesagten sich auf die Tätigkeit des Schuldners ohne Rücksicht auf ihren Erfolg beschränken kann.

Die Vorschriften des Mäklervertrages dürften, soweit sie mit seiner Eigenschaft als Tätigkeitsvertrag nicht in Widerspruch stehen, bei dem Mäklertätigkeitsvertrag entsprechend anzuwenden sein. Besonders erscheint dies beim Ehemäklervertrag geboten. Das Gesetz bestimmt in § 656 BGB.: „Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet.“ Durch diese Bestimmung soll die entgeltliche Heiratsvermittlung als unerwünscht gekennzeichnet und eine Belästigung der Gerichte mit unerfreulichen Streitigkeiten aus solchen Vereinbarungen verhindert werden[70]. Ebenso muß auch ein Vertrag behandelt werden, bei dem das Erfordernis der Ursächlich-

69) Die Wegbedingung der Ursächlichkeit wird meist für möglich gehalten. Man läßt einen derartigen Vertrag direkt unter § 652 BGB. fallen. Vgl. Staudinger § 652 III 5 f.

70) Leonhard II, S. 240, RG. i. Seuff. Arch. 62, Nr. 38, S. 64 ff. Planck § 656 Bem. 1.

keit der Mäklertätigkeit für den späteren Eheschluß wegbedungen ist. Denn dieses Mäklergeschäft ist ebenso unerwünscht wie in den vom Gesetz berücksichtigten Fällen der Ehemäklertätigkeit.

In dem bereits erwähnten Verpflichtungsmoment liegt das Unterscheidungsmerkmal des Mäklervertrages vom Werk- und Dienstvertrag.

Betrachten wir die hinsichtlich der Verpflichtungen möglichen verschiedenen Fälle:

1. Der „Mäkler" verpflichtet sich, den Vertragsabschluß zu bewirken, und dementsprechend der Auftraggeber, den vereinbarten Lohn zu zahlen. Solche Verträge kommen praktisch wohl nicht häufig vor, sind aber möglich.

   Beispiel:

   A. sucht gegen festbestimmte Bedingungen ein Darlehn von 1 000,- RM. B. verpflichtet sich, den Vertrag mit einem von ihm zu suchenden Darlehnsgeber zustande zu bringen. Ein solcher Vertrag trägt alle Merkmale des Werkvertrages, ist also, wenn nicht reiner Werkvertrag, so doch zum mindesten, wie einige annehmen[71]), Mäkler- und Werkvertrag zugleich.
2. Der Mäkler verspricht, zweckentsprechend tätig zu werden, also nach einem Vertragsgegner zu suchen und, wenn er einen solchen finden sollte, eine Beeinflussung desselben zu versuchen. Die Verpflichtung, den Erfolg dieser Handlungen herbeizuführen, wird ausdrücklich ausgeschlossen. Der Auftraggeber verpflichtet sich, einen bestimmten Lohn zu zahlen. Dieser Vertrag trägt alle Merkmale des Dienstvertrages.
3. Der Mäkler v e r s p r i c h t den Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluß oder die Vermittlung eines Vertragsschlusses, also eine Kenntnisbereicherung oder die Herbeiführung einer gewissen Vertragsgeneigtheit des in Aussicht genommenen Vertragsgegners, und der Auftraggeber dementsprechend die Zahlung des vereinbarten Lohnes, ohne Rücksicht darauf, ob später der Vertrag zustande kommt. Auch dieser Vertrag trägt ebenso wie der zu 1. genannte Vertrag alle Merkmale des Werkvertrages. Der Erfolg ist die Kenntnisbereicherung bzw. die Herbeiführung der Vertragsgeneigtheit.
4. Schließlich ist eine Vereinbarung wie zu 3. möglich mit der Vereinbarung, daß der Lohn nur gezahlt werden soll, wenn der Vertragsabschluß erfolgt.

In den Fällen 1, 2 und 3 ist von den Merkmalen des Mäklervertrages, wie er in den §§ 652 ff. BGB. geregelt ist, nur die Art der Leistung übrig geblieben. Diese aber ist, wie oben ausgeführt,

71) Insb. Enneccerus-Lehmann § 154 I 1.

kein Unterscheidungsmerkmal, gegenüber dem Werk- und Dienstvertrag. Nur der Fall 4 hat noch die Besonderheit, daß der Lohnanspruch durch den Vertragsschluß bedingt ist. Diese Besonderheit macht den Vertrag jedoch noch nicht zum Mäklervertrag, weil die Bedingtheit des Lohnanspruchs auch beim Werkvertrag möglich ist in der Form, daß der Erfolg nur bezahlt wird, wenn eine weitere Folge eintritt, und beim Dienstvertrag, wenn ein bestimmtes Ereignis eintritt. Die vom Normalfall des Werkvertrages abweichende Besonderheit könnte nur dazu berechtigen, den Mäklervertrag als einen besonderen Werkvertrag zu betrachten. Es besteht daher nur die bereits erwähnte Möglichkeit, die Verträge als unter die beiden Vertragsarten gehörig zu betrachten, oder aber den Begriff des Mäklervertrages so eng zu fassen, daß diese Fälle ausscheiden und nur unter den Werk- bzw. Dienstvertrag fallen. Die Fälle zu 2 und 3 haben mit dem Mäklervertrag so wenig zu tun, daß es unmöglich ist, sie seinem Begriff unterzuordnen. Das Gleiche muß auch für den Fall 4 gelten, da nicht einzusehen ist, weshalb er anders als die Fälle 2 und 3 behandelt werden sollte. Die Besonderheit, daß der Lohn nur bei späterem Vertragsabschluß gezahlt werden soll, kann eine gegenüber diesen Fällen verschiedene Behandlung nicht rechtfertigen. Man muß daher den Begriff des Mäklervertrages enger fassen, also die Möglichkeit, daß der Mäklervertrag u. U. zu einem besonders gearteten Werk- oder Dienstvertrag wird, ablehnen. Diese Ansicht findet rein äußerlich eine Stütze in dem Aufbau des BGB., das den Mäklervertrag selbständig unter einem besonderen Titel behandelt.

Es bleibt nach alledem nur die Möglichkeit, den Mangel einer Verpflichtung auf Seiten des Mäklers als das Unterscheidende, das dem Mäklervertrag wesentliche Moment zu bezeichnen. Der Mäklervertrag ist nicht ein zweiseitig[72]), sondern nur ein einseitig[73]) verpflichtender Vertrag.

Die herrschende Meinung hält ihn für zweiseitig verpflichtend und gibt nur zu, daß die Pflicht zur Tätigkeit wegfallen kann. Damit widerlegt sie sich jedoch selbst[74]). Man will in diesem Fall die Zweiseitigkeit auf andere Umstände als die Tätigkeitspflicht stützen. So wird geltend gemacht, daß den Mäkler auch hier gewisse Treupflichten treffen[75]). Aber das sind nur Nebenpflichten; Hauptleistung, für die der Lohn gezahlt wird (s. oben S. 26), ist die Erfolgsherstellung. Wer den Mäklervertrag als zweiseitig verpflichtenden Vertrag ansieht, müßte deshalb auch behaupten, daß eine Pflicht zum Tätigwerden besteht. Das Argument, im Gesetz sei vom Mäkler l o h n die Rede, was dessen Charakter als Entgelt andeute

72) Oertmann Vorbem. zu § 652 ff. Bem. 3 a u. zit.
73) Leonhard, II, S. 235 u. zit.
74) Leonhard, II, S. 236.
75) Vgl. z. B. Staudinger Einleitung vor § 652 Bem. 6.

und die Leistung werde als eine dem Mäkler übertragene bezeichnet (§ 653 Abs. 1)[76]), ist nur eine schwache Stütze für die herrschende Meinung.

Für den Mäklervertrag ist nach alledem festzustellen:

Der im Gesetz geregelte Mäklervertrag ist ein Erfolgsvertrag (Mäklererfolgsvertrag). Daneben gibt es einen im Gesetz nicht geregelten Mäklervertrag, bei dem nur eine Tätigkeit geschuldet ist (Mäklertätigkeitsvertrag).

Beide Verträge sind nur einseitig verpflichtend. Dadurch unterscheidet sich der erstere vom Werk-, der letztere vom Dienstvertrag.

c) Die Auslobung.

Auch die Rechtsnatur der Auslobung ist bestritten. Die herrschende Meinung sieht sie als streng einseitiges Lohnversprechen an. Andere[77]) fassen sie als Vertrag auf.

Da im Rahmen dieser Arbeit eine Stellungnahme zu dieser Streitfrage nicht möglich ist, so sei auch hier die Frage, ob eine Tätigkeits- oder eine Erfolgsschuld vorliegt, von der Seite des Entgeltes aus gestellt: Wird die Belohnung für eine Tätigkeit oder für einen Erfolg versprochen?

Die Entscheidung kann nach dem Wortlaut des § 657 BGB. nicht zweifelhaft sein. Er spricht von einer „Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges". Kohler[78]), ein Anhänger der Vertragstheorie, hat in der Auslobung einen Werkvertrag, also einen Erfolgsvertrag, sehen wollen, dessen Besonderheit nur in der eigenartigen Vertragsform liege. Dies widerspricht aber dem Wortlaut des § 657 BGB. Wenn das Gesetz ganz allgemein von einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung spricht und die Herbeiführung eines Erfolges als Sonderfall durch das Wort „insbesondere" hervorhebt, so zeigt das deutlich, daß sowohl eine Tätigkeit als solche, als auch eine Erfolgsherstellung das lohnverdienende Moment sein kann. Diese Fassung des § 657 BGB. ist nicht etwa eine Gedankenlosigkeit des Gesetzgebers, sondern absichtlich so gewählt, wie die Motive[79]) zeigen. Dort heißt es: „Der Entwurf trifft, indem er als Zweck die Herstellung eines in der Bekanntmachung bezeichneten Werkes oder die Vollbringung einer sonst darin bezeichneten Handlung nennt, alle möglichen Fälle." Statt des Wortes „Werk" ist in der endgültigen Fassung das Wort „Erfolg" gewählt worden. Doch sollte damit sachlich nichts geändert werden[80]). Es ist auch nicht im

76) Oertmann, Vorbem. vor § 652 Anm. 3 a.
77) Kohler Arch. für Bürg. Recht, Bd. 25, S. 1 ff. — Jung, Jher. Jahrb. 69, S. 62 ff.
78) a.a.O., S. 1 ff.
79) II, S. 520.
80) Vgl. Protok. II, S. 347.

Geringsten ein Grund ersichtlich, weshalb man nicht die Möglichkeit haben soll, für eine reine Tätigkeit ohne Rücksicht auf ihren Erfolg eine Belohnung auszusetzen, z. B. für die Beteiligung an einer Nordpolexpedition ohne Rücksicht darauf, ob die Expedition bis zum Nordpol vordringt oder nicht[81]).

d) Auftragsvertrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.

Arbeitsvertrag ist auch der Auftrag (§§ 662 ff., besser Auftragsvertrag zu nennen)[82]). § 662 BGB. bestimmt: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen." Was mit dem Besorgen eines Geschäfts gesagt werden soll, ist lebhaft umstritten. Die Ursache dieses Streites ist im wesentlichen die Stimmung des § 675 BGB., nach dem gewisse Regeln des Auftrages auf solche Dienst- oder Werkverträge Anwendung finden, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Unter § 675 BGB. fallen also nur bestimmte Arbeitsleistungen. Zu dieser Annahme zwingt sowohl der Wortlaut als auch die Erwägung, daß es sonst überhaupt keine Dienst- und Werkverträge mehr gäbe, auf welche nur die Bestimmungen über den Dienst- und Werkvertrag Anwendung finden. Da nun aber sowohl in § 662 BGB., als auch in § 675 BGB. von einer Geschäftsbesorgung die Rede ist und man es überwiegend für ausgeschlossen hält, daß das Gesetz unter demselben Titel den gleichen Ausdruck in verschiedenem Sinn gebraucht, so hat man auch den Begriff der Geschäftsbesorgung in § 662 BGB. entsprechend 675 BGB. enger auslegen wollen.

Auf eine Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten kann hier verzichtet werden, weil auch die engste Auslegung noch Platz für die Frage läßt, ob es sich beim Auftragsvertrag um eine Tätigkeits- oder eine Erfolgsschuld handelt.

Der Ausdruck „ein Geschäft besorgen" scheint auf eine Erfolgsschuld zu deuten, weil dabei leicht die Vorstellung unterläuft, daß der Beauftragte durch seine Tätigkeit etwas Neues, ein verselbständigtes Arbeitsergebnis schaffen solle. Wenn auch wohl ein Arbeitserfolg vom Beauftragten häufig erbracht werden soll, so gibt es doch Fälle, in denen nur eine Tätigkeit geschuldet sein soll, so wenn der Beauftragte für den Auftraggeber eine diesem gegenüber einem Dritten obliegende bloße Tätigkeit (die einem anderen zu übertragen der Dritte gestattet hat) ausüben soll. Im übrigen schließt der Wortlaut des Gesetzes jeden Zweifel aus. § 675 BGB. redet von einem Werk- und einem Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Diese Bezugnahme auf den Dienstver-

81) Oertmann, Österr. Zentr. Bl., Bd. 24, Jahrg. 1906, S. 791.
82) Vgl. Leonhard II, S. 245.

trag (Tätigkeitsvertrag) und den Werkvertrag (Erfolgsvertrag) zeigt, daß Leistungsgegenstand beim Auftragsvertrag sowohl eine Tätigkeit als solche, als auch ein Tätigkeitserfolg sein kann. Denn nichts berechtigt zu der Annahme, daß auch in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen der Geschäftsbesorgung des § 662 BGB. und der des § 675 BGB. bestehe.

Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag kann sowohl eine Erfolgsschuld als auch eine Tätigkeitsschuld begründen. Es ist zwar bestritten, ob der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 677 BGB. ebenso wie beim Auftrag zu verstehen ist oder ob er weiter zu fassen ist[83]). Auf jeden Fall aber muß man mit Rücksicht auf den gleichen Wortlaut in den §§ 662 und 677 wenigstens soviel annehmen, daß alles, was zum Gegenstand eines Auftrags gemacht werden kann, auch Gegenstand einer Geschäftsführung ohne Auftrag sein kann[84]).

e) Der Verwahrungsvertrag.

Bei dem Verwahrungsvertrag ließe sich an einen Erfolgsvertrag denken, weil bei ihm der Verwahrungsnehmer nach Beendigung der Aufbewahrung die verwahrte Sache zurückzugeben hat. So war auch tatsächlich im älteren deutschen Recht die unversehrte Rückgabe der Sache wesentlicher Inhalt der schuldrechtlichen Verpflichtung des Verwahrers[85]). Ebenso ging im römischen Recht die actio depositi directa auf Rückgabe der Sache. Neben dieser Rückgabepflicht stand im deutschen Recht allerdings noch eine selbständige Verpflichtung des Verwahrers zur Behütung der Sache. Diese Verpflichtung wurde allmählich im Laufe der Entwicklung zum eigentlichen Schuldinhalt. Hierdurch ist der Verwahrungsvertrag zu einem Arbeitsvertrag geworden, bei dem die Rückgabe der Sache nicht mehr die Erfüllung des Schuldverhältnisses darstellt. Die Rückgabepflicht entsteht im Gegenteil erst auf Grund der Beendigung des Schuldverhältnisses[86]). Dieser Entwicklung entsprechend hat das BGB. in § 688 für den Verwahrungsvertrag bestimmt: „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren“[87]). Damit steht fest, daß der Verwahrungsvertrag nicht wegen der Rückgabepflicht als Erfolgsvertrag bezeichnet werden kann.

Nun erfolgt bei der Verwahrung ein gewisser Abschluß, eine gewisse Unzugänglichmachung der Sache. Man könnte versucht sein,

83) Schrifttum s. bei Oertmann, Vorbem. vor § 677 ff., Bem. 2 u. Staudinger § 677 Bem. 2 a.
84) Vgl. Oertmann a.a.O.
85) Vgl. von Amira I, 39 und 256. Gierke III, S. 730.
86) Vgl. Gierke a.a.O. und zit.
87) Im Preuß. Landrecht § 9 hieß es dagegen noch: „Aufbehalten und künftig zurückgeben“.

diesen Zustand als den geschuldeten Erfolg zu bezeichnen. Dann ließe sich aber kein Unterschied gegenüber dem Auftrags-(erfolgs-)vertrag und bei Entgeltlichkeit gegenüber dem Werkvertrag finden. Der Unterschied besteht gerade darin, daß beim Auftrags- und Werkvertrag eine besondere vorübergehende Handlung oder aber deren Erfolg, bei der Verwahrung dagegen ein dauerndes, gleichmäßiges Verhalten geschuldet ist[88]). Auch müßte mit Erbringung des genannten Erfolges als geschuldeter Leistung das Schuldverhältnis gemäß § 362 BGB. erlöschen. Die Pflicht des Verwahrers, die Sache so in seine Obhut zu nehmen und sich so zu verhalten, daß sie vor schädigenden Einflüssen bewahrt bleibt[89]), bliebe dann unerklärlich. Jene Folge ist gar nicht Endziel des Schuldverhältnisses, ist nicht geschuldet, sondern nur ein Mittel zum Zweck der Aufbewahrung. Dieses Aufbewahren, also eine Tätigkeit, ist die geschuldete Leistung. Die bloße Raumgewährung zu dem Zweck, daß die in Verwahrung gegebene Sache aufbewahrt ist, stellt nicht den Inhalt des Verwahrungsvertrages dar[90]). Andererseits richtet sich der Vertrag auch nicht auf einen bestimmten, durch die Aufbewahrungstätigkeit herbeizuführenden Erfolg. Weder die Rückgabe (s. oben), noch eine sonstige Folge ist geschuldeter Erfolg der Aufbewahrungstätigkeit.

Der Verwahrungsvertrag berührt sich mithin hinsichtlich der Leistung sehr eng mit dem Dienst- und auch dem Auftrags-(tätigkeits-)vertrag. Doch ist das Maß der bei der Verwahrung aufzuwendenden Tätigkeit geringer als beim regelmäßigen Dienst- bzw. Auftragsvertrag[91]).

Vom Mietvertrag unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag dadurch, daß bei jenem die Gebrauchsgewährung eines bestimmten Raumes, bei diesem die Aufbewahrung der übergebenen Sachen versprochen wird. Auch wenn der Aufbewahrungsraum vertragsmäßig festgelegt wird, fallen die beiden Verträge keineswegs zusammen. Dies zeigt die Überlegung, daß bei der Miete die Gebrauchsgewährung als Leistungserfolg geschuldet ist (s. unten S. 35 ff.), während beim Verwahrungsvertrag das Zurverfügungstellen des Raumes nicht geschuldeter Enderfolg, sondern nur ein Mittel ist, um dem Schuldner die von ihm geschuldete Leistung, nämlich das Aufbewahren, zu ermöglichen. Es ist deshalb auch der Meinung zuzustimmen, die in dem Schrankfachvertrag nicht einen Miet-, sondern einen Verwahrungsvertrag sieht[92]).

---

88) Oertmann Vorbem. vor § 688. Bem. 6 b.; Staudinger Vorbem. 30 vor § 662.
89) Staudinger § 688 Bem. 3 a u. dort zit.
90) So allgemeine Meinung. Anders früher Windscheidt (Windscheidt-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes 1900).
91) Über Art und Maß der Tätigkeit im Einzelnen vgl. Vogel, S. 45 ff.
92) Leonhard II, S. 262. Planck § 688 Bem. 3 a u. dort zit.

Der Unterschied gegenüber dem Leihvertrag liegt vor allem im wirtschaftlichen Zweck. Beim Leihvertrag wird die Sache zum Gebrauch, also im Interesse des Empfängers, beim Verwahrungsvertrag zur Aufbewahrung, also im Interesse des Hingebenden übergeben[93]). Es ist allerdings auch bei der Verwahrung möglich, daß der Verwahrungsnehmer die Sache gebrauchen soll. Der Gebrauch muß aber stets im Interesse des Verwahrungsgebers geschehen, wie z. B. beim Ausreiten eines Pferdes.

Ergebnis: Der Verwahrungsvertrag ist ein Tätigkeitsvertrag.

§ 5.

Die Veräußerungs- und die Gebrauchsüberlassungsverträge.

a) Die Veräußerungsverträge: Kauf — Tausch — Schenkung.

Kauf ist der Umsatz von Waren gegen Entgelt[94]). Der Käufer erhält durch die Leistung des Verkäufers einen bestimmten Gegenstand. Wenn der Verkäufer die Sache aussondert, seinen Willen zur Übereignung an den Käufer erklärt, die Sache übergibt, versendet, so geschieht dies alles nur, um dem Verkäufer Besitz und Eigentum an der Sache zu verschaffen. Dem entspricht auf Seiten des Käufers die Absicht, Besitz und Eigentum an der Sache zu erwerben. Alle Handlungen der Parteien bezwecken die Herbeiführung dieses Erfolges. Der geschilderten Bedeutung dieses Erfolges geben die Bestimmungen des BGB. auch Ausdruck, indem sie ihn immer wieder in den Vordergrund stellen. So heißt es in § 433 BGB.: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen". Wenn der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums an der Sache verpflichtet wird, so zeigt das, daß er nicht nur bestimmte, auf den Eigentumsübergang gerichtete Handlungen vornehmen, d. h. sich um den Eintritt des Eigentumsüberganges bemühen, sondern daß er ihn tatsächlich herbeiführen soll. Er soll einen neuen Zustand, etwas gegenüber seiner Tätigkeit Verselbständigtes herbeiführen, eben einen Leistungserfolg.

Das Gleiche gilt für den Tausch und das Schenkungsversprechen. Bei all diesen Veräußerungsverträgen ist der Erfolg der schuldnerischen Leistungshandlung in den Vertrag hereingezogen, ja geradezu der Hauptinhalt und so sehr begriffswesentlich geworden, daß man meistens daneben der Leistungshandlung des Schuldners nur untergeordnete Bedeutung beimißt (vgl. oben §§ 1, 3).

Diese Auffassung wird durch die Fassung des Gesetzes nicht unerheblich begünstigt, da es im Großen und Ganzen der Tätigkeit

93) Staudinger Vorbem. 9 am Ende vor § 688. Oertmann Vorbem. 6 e.
94) Oertmann Vorbem. vor § 433, 1.

des Schuldners als solcher beim Kaufrecht wenig Aufmerksamkeit schenkt. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht vielmehr der Kaufgegenstand selbst. Dies macht erklärlich, daß über den Umfang der Schuldnerpflichten in mehrfacher Hinsicht Zweifel und Streit bestehen, so besonders bei den Verträgen, die über den normalen Kaufvertrag hinausgehende Besonderheiten haben wie der Vorbehaltskauf und der Versendungskauf. Bei diesen Verträgen kann man m. E. die Verkäuferpflichten nur dann richtig abgrenzen, wenn man die Bedeutung des Leistungserfolges für die Leistungshandlungen des Verkäufers genügend würdigt. Dadurch wird verhindert, daß man die zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg bestehenden Verbindungen auseinanderreißt und beide jeweils einer gesonderten Betrachtung unterzieht. Stets muß man sich vor Augen halten, daß die Leistungshandlungen des Schuldners sich nach dem erstrebten Leistungserfolg ausrichten, dies besonders bei den Veräußerungsverträgen, weil sie die typischsten Fälle des Erfolgsvertrages sind. Unter dem Einfluß dieser Gestaltung der Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträge ist man auch zu der Behauptung gekommen, daß jedes Schuldverhältnis durch seinen Zweck bestimmt werde (darüber s. unten § 10).

b) Die Gebrauchsüberlassungsverträge: Miete — Pacht — Leihe — Darlehen.

Miete ist die Gebrauchsüberlassung und Gebrauchsgewährung gegen Entgelt[95]). Auch hier ist ein Erfolg geschuldet. Die Motive[96]) geben in dieser Richtung allerdings zu Zweifeln Anlaß. Nach § 552 BGB. wird der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird. Diese Bestimmung suchen die Motive damit zu erklären, daß der Vermieter seiner Verpflichtung schon durch die einseitige Gewährung des Gebrauchs genüge. Wäre dies jedoch richtig, so hätte man den § 552 BGB. weiterfassen müssen, denn weshalb soll der Vermieter, wenn er seiner Verpflichtung durch Gebrauchszuweisung schon genügt, nicht ebensogut auch von einem Mieter den Mietzins fordern können, der aus anderen Gründen z. B. Kriegsmaßnahmen, an der Ausübung seines Gebrauchsrechts verhindert ist?[97])

Die einseitige Handlung der Gebrauchszuweisung hat für den Mieter wenig Wert. Er will vielmehr von dem Vermieter den wirklichen Gebrauch verschafft haben[98]). Mit Recht schreibt

95) Oertmann, Vorbem. vor § 535 I 1a.
96) II, S. 399 ff., 461 ff.
97) Kreß, S. 475 Anm. 29.
98) Oertmann JHR. 93, S. 357, Anm. 1.

Kreß[99]), daß mit gleicher Berechtigung behauptet werden könnte, der Verkäufer genüge seiner Verpflichtung, wenn er dem Käufer Besitz und Übereignung der Sache anbietet. Das Gesetz spricht zwar in § 536 BGB. nur von einer Gebrauchsüberlassung. Aber schon aus dem letzten Halbsatz des § 536 BGB. und aus den §§ 537, 541, 545 und 546 BGB. ergibt sich, daß der Vermieter zu mehr als zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist. Vor allem spricht aber § 535 BGB. aus, daß der Vermieter dem Mieter den Gebrauch zu gewähren hat[100]). Gewährend im Gegensatz zu überlassen[101]) kann nur bedeuten, daß der Vermieter nicht nur eine Handlung, nämlich die Gebrauchszuweisung, vornehmen soll, sondern daß er einen bestimmten Erfolg herbeiführt und zwar derart, daß er dem Mieter die Möglichkeit des Gebrauchs durch positive Handlungen verschafft[102]). Deutlicher wäre der Ausdruck „übergeben" gewesen. Die Hervorhebung einer solchen Pflicht wäre jedoch z. T. überflüssig gewesen, weil in vielen Fällen eine Übergabe gar nicht erfolgt[103]).

Wir sehen also, daß auch bei der Miete das Gesetz den Erfolg der Leistungshandlung zum Inhalt des Schuldverhältnisses macht[104]).

Das Gleiche gilt für die Pacht, die sich ja im wesentlichen gemäß § 581 BGB. von der Miete nur dadurch unterscheidet, daß sie außer dem Gebrauch der Sache auch den Genuß der Früchte gewährt und daß sie im Gegensatz zur Miete auch Rechte erfaßt. Entsprechend dem weiteren Zweck der Pacht besteht der durch den Verpächter herbeizuführende Erfolg in der Gewährung des Gebrauchs und der Ermöglichung des Fruchterwerbs. Darauf, daß der letztgenannte Erfolg geschuldet ist, beruht auch zum größten Teil die oft vorhandene Schwierigkeit, den Pachtvertrag von einem anderen Erfolgsvertrag abzugrenzen, nämlich dem Kauf[105]). Aber bei genauer Betrachtung ist festzustellen, daß die geschuldeten Erfolge beim Kaufvertrag und beim Pachtvertrag verschieden sind. Bei der Pacht ist geschuldet die Gewährung der Fruchtziehung, beim Kauf dagegen der demnächstige Ertrag selbst[106]).

Ob die Leihe zu den Tätigkeits- oder zu den Erfolgsschulden zu zählen ist, erscheint zweifelhaft.

Einige[107]) halten die Leihe für einen Konsensualvertrag. Bei einem solchen kann die Hingabe der Sache auch nach Vertragsabschluß erfolgen. In diesem Falle hat dann der Versprechende nicht

99) a.a.O.
100) Vgl. Oertmann Vorbem. vor § 535, I, 1 a.
101) s. Anm. 102.
102) Ähnlich, allerdings ohne Betonung des Erfolges Oertmann a.a.O., Planck 535 Anm. 5. Staudinger § 535 B II 1.
103) Staudinger a.a.O.
104) Vgl. auch Siber, Grundriß, S. 12.
105) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 134 I 2.
106) Vgl. Oertmann vor § 581 Anm. 5 b 1.
107) Schrifttum siehe bei Planck Vorbem. § 598 Anm. I u. zit.

nur den Gebrauch der Sache zu gestatten, sondern ihn dem Berechtigten auch zu ermöglichen. Denn, wenn er dem Berechtigten den Gebrauch einer Sache verspricht, so kann das eben nur bedeuten, daß er mit seiner Leistungshandlung dem Berechtigten den ungestörten Gebrauch verschafft, also einen Erfolg herbeiführt. Das Gleiche gilt, wenn man mit der herrschenden Meinung einen solchen Vertrag, bei dem die Hingabe einer Sache erst später erfolgt, als Vorvertrag ansieht.

Die herrschende Meinung erblickt in der Leihe einen Realvertrag[108]). Ihr ist zuzustimmen[109]). Wenn das Gesetz den Entleiher zur angemessenen Behandlung und zur Rückgabe der Sache verpflichtet, so setzt es eine vorgängige Hingabe voraus. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, die dem Verleiher die Übergabe der Sache an den Entleiher zur Pflicht macht. Alle einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes passen nur auf den Fall einer bereits vollzogenen Übergabe. Eine nähere Begründung der herrschenden Meinung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Es sei auf die unten in Anm. 108) Genannten verwiesen.

Sieht man mit der herrschenden Meinung in der Leihe einen Realvertrag, so kann man diese wenigstens nicht aus dem Grunde zu den Erfolgsschulden rechnen, daß bei ihr eine Hingabe, d. h. eine Besitzübergabe an den Entleiher erfolgt. Denn beim Realvertrag erfolgt diese Hingabe schon beim Abschluß des Vertrages. Ist der Vertrag zustande gekommen, so ist eben auch die Hingabe schon erfolgt. Hier von einem durch die Leistungshandlung des Schuldners noch herbeizuführenden Erfolg zu sprechen, wäre sinnlos.

Es bleibt zu prüfen, ob sich aus etwaigen weiteren Pflichten des Verleihers ergibt, daß die Leihe eine Erfolgsschuld ist. Es ließe sich bei folgender Erwägung an eine Erfolgsschuld denken. Nach § 598 BGB. wird durch den Leihvertrag der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu verschaffen. Er hat also den Gebrauch der Sache durch den Entleiher zu dulden. Die Duldungspflicht, die von der herrschenden Meinung[110]) nur als eine Unterart der Unterlassungspflicht betrachtet wird, stellen einige[111]) als dritte Art neben die Handlungs- und Unterlassungspflicht. Dies wird hauptsächlich damit begründet, daß bei den Duldungspflichten, ebenso wie bei den Handlungspflichten ein bestimmter Erfolg geschuldet sei. Dieser Erfolg bestehe darin, daß ein Rechtsgut des Schuldners auf den Gläubiger übertragen oder diesem zum Gebrauch überlassen werde. Bei den Unterlassungs-

108) Schrifttum bei Planck a.a.O.
109) Zum folgenden vergl. Oertmann Vorbem. vor § 598 Bem. 2.
110) Wendt Arch. f. Ziv. Prax. 92, S. 1 ff. Lehmann das. Bd. 96, S. 66 ff. Unterhaltungspflicht, S. 23 u. 50 RGRK. Bem. 2, Staudinger-Werner, § 598 Bem. 6 Leonhard II, S. 79 u. a.
111) Planck-Siber Bem. 3 zu § 241 u. zit.

pflichten dagegen bestehe die geschuldete Leistung darin, daß der Schuldner von einem eigenen Rechtsgut einen gewissen Gebrauch nicht mache, o h n e daß er dieses Gut zugleich dem Gläubiger zu übertragen oder zum Gebrauch zu überlassen hätte[112]). Hier soll der Erfolg schon in der Handlung selbst liegen, ein besonderer mit der Unterlassung bezweckter Erfolg also nicht geschuldet sein. Im Hinblick auf die geschuldeten Erfolge stehe demnach die Duldungspflicht der Handlungspflicht näher als der Unterlassungspflicht. Sieht man nun die Pflicht des Verleihers, den Gebrauch der Sache zu gestatten, als Duldungspflicht an, so wäre hiernach die Leihe eine Erfolgsschuld, denn das besondere Merkmal der Duldungspflicht soll ja sein, daß die Übertragung der Sache bzw. die Überlassung des Gebrauchs als Erfolg geschuldet ist. Dies ist aber für die Leihe durchaus zu bestreiten. Zunächst einmal ist die Berechtigung jener Unterscheidung sehr bestritten[113]). Vor allem ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß es sich hier nicht um eine Erfolgsschuld handeln kann. § 598 BGB. spricht im Gegensatz zu § 536 BGB., der die Gewährung des Gebrauchs fordert, nur von einer Pflicht zur Gestattung des Gebrauchs einer Sache. Dieser verschiedene Wortlaut drückt nach fast allgemeiner Meinung[114]) einen Unterschied aus: das Gewähren verpflichtet unter Umständen zu positivem Handeln, z. B. durch Übergabe der Sache, Instandhaltung und dem damit bezweckten Erfolg (siehe das oben bei der Miete Gesagte), während das Gestatten nur dazu verpflichtet, dem Berechtigten den Gebrauch nicht zu entziehen und ihn im Gebrauch nicht zu stören. Es sollte also besonders deutlich gemacht werden, daß bei der Miete ein Erfolg geschuldet ist, nämlich die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung, bei der Leihe dagegen nur ein Unterlassen ohne Rücksicht auf den Erfolg[115]). Der Wortlaut des Gesetzes in § 598 BGB. ist ungenau. Es liegt weniger eine Pflicht des Verleihers zur Gebrauchsgestattung vor, als vielmehr ein Recht des Entleihers, die Sache dem Verleiher vorzuenthalten[116]).

Hiernach ist die Leihe auf Grund ihrer Gestaltung als Realvertrag eine Tätigkeitsschuld, allerdings in dem negativen Sinne, daß nicht etwas zu tun, sondern nur zu unterlassen ist.

Einfacher als bei der Leihe ist die Sachlage beim Darlehnsvertrag. Auch dieser ist mit der herrschenden Meinung[117]) als Realvertrag anzusehen. Nach Hingabe des Darlehens besteht für den Darlehnsgeber keinerlei Verpflichtung mehr. Es besteht umgekehrt

112) Planck-Siber a.a.O.
113) Vgl. S. 37 Anm. 110.
114) Oertmann Vorbem. vor § 598 Bem. 1 c u. zit. a. A. Dernburg, Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Aufl. 1899 § 231 II, der die Unterscheidung als spitzfindig verwirft.
115) Vgl. hierzu auch Leonhard I, S. 81.
116) Oertmann Anm. 4; Planck a.a.O. Bem. 7 zu § 598 BGB.
117) Planck, Vorbemerkung vor § 607 III 1 und dort zit.

die Pflicht, das Empfange in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Nur in Bezug auf diese Verpflichtung des Darlehnsnehmers läßt sich von einer Erfolgsschuld reden.

§ 6.

II. Die Ergebnisse für die Unmöglichkeitslehre.

Bei der Untersuchung der einzelnen Schuldverhältnisse prüften wir jeweils, ob eine Leistungshandlung oder ein Leistungserfolg geschuldet war.

Unter diesem Gesichtspunkt soll in folgendem kurz die Unmöglichkeitslehre betrachtet und dann geprüft werden, welche Pflichten des Schuldners sich aus der jeweiligen Gestaltung des Schuldverhältnisses als Erfolgs- oder als Tätigkeitsschuld ergeben.

Wir lehnten jene Meinung ab, welche die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung verwirft und an deren Stelle eine sog. Kraftanstrengungslehre setzt, nach welcher der Schuldner befreit sein soll, wenn er alles getan hat, was in seiner Macht stand, es sei denn, daß er aus besonderen Gründen für den Erfolg einstehen muß.

Aber in anderer Hinsicht ergeben sich Zweifel über den Unmöglichkeitsbegriff. Es wurde bereits oben S. 13 bemerkt, daß Leistungshandlung und Leistungserfolg nicht unmittelbar zusammenzuhängen brauchen. Es ist nun möglich, daß die geschuldete Sache in der Zwischenzeit untergeht. Das läßt die Frage auftauchen: Ist Unmöglichkeit der Leistung = Unmöglichkeit der Leistungshandlung[1]) oder des Leistungserfolges? Es wurde bereits oben in § 3 ausgeführt, daß eine schuldtilgende Wirkung erst der Eintritt des Leistungserfolges, nicht schon die bloße Vornahme der Leistungshandlung hat. „Daraus ergibt sich weiterhin die wichtige Folgerung, daß bei Unausführbarkeit des Leistungserfolges in der Zwischenzeit das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner keineswegs unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung, sondern nur unter dem der Unmöglichkeit behandelt werden darf. Unmöglichkeit im Sinne des BGB. ist nicht nur Unausführbarkeit der Leistungshandlungen, sondern auch solche bloß des Leistungserfolges."[2]) Es kann sich auch nach Vollendung der Leistungshandlung eine Unmöglichkeit der Leistung ergeben. Das Recht auf die Gegenleistung bestimmt sich also auch nach Vornahme der eigenen Leistungshandlungen noch nach den Vorschriften der §§ 323 ff.[3]).

K r ü c k m a n n [4]) meint zwar, Unmöglichkeit sei stets Unmög-

1) So insbes. Krückmann LZ. 26, S. 9 ff.
2) Oertmann ZHR., S. 369.
3) Oertmann, S. 370, LZ. S. 15. Etzold, S. 35. Planck-Siber § 362 Bem. 1 a.
4) a.a.O., S. 14/15.

lichkeit der Leiſtungshandlung. „Das verſprochene Handeln muß unmöglich ſein und dies iſt nur von der Perſon des Schuldners aus zu beurteilen.“ Danach kann eine Unmöglichkeit nicht mehr vorliegen, wenn die Leiſtungshandlungen vollzogen ſind, der Erfolg aber durch einen anderen, vom Schuldner unabhängigen Umſtand vereitelt worden iſt.

Dieſer Anſicht kann nicht zugeſtimmt werden. Das Wort „Leiſtung“ kann hier nur im Sinne der Herſtellung des Leiſtungserfolgs verſtanden werden. Das ergibt ſich aus § 447 BGB.: Dieſe Vorſchrift wäre ſelbſtverſtändlich, wenn Leiſtung in §§ 323 ff. Leiſtungshandlung bedeuten würde. § 447 will gegenüber § 323 BGB. für den Schuldner eine Einſchränkung bringen, da dieſer, nachdem er das regelmäßig ſeinerſeits Erforderliche für den Eigentumsübergang getan hat, von der Gefahrtragung befreit werden ſoll. Da § 447 BGB. alſo im Gegenſatz zu § 323 BGB. den Gefahrübergang ſchon nach der Erbringung der regelmäßigen Leiſtungshandlungen eintreten läßt, ſo ergibt ſich daraus, daß § 323 BGB. unter Leiſtung den Leiſtungserfolg verſteht. Andernfalls wäre die Sonderreglung in § 447 BGB. als ſelbſtverſtändlich unterblieben. Weiter ſpricht dafür die Regelung bei Gattungsſchulden in § 243 Abſ. 2 BGB., wonach das Schuldverhältnis ſich, wenn der Schuldner das zur Leiſtung ſeinerſeits Erforderliche getan hat, auf die eine Sache beſchränkt. Hier hat der Schuldner meiſt alles ſeinerſeits Erforderliche getan, und doch ſchuldet er die Leiſtung, die ihm unmöglich werden kann. Schließlich ergibt ſich auch aus § 324 Abſ. 2 BGB., daß eine Unmöglichkeit noch nach Erbringung der Leiſtungshandlungen eintreten kann. Denn dort iſt von einer Unmöglichkeit zu einer Zeit, in der der andere Teil im Verzuge der Annahme iſt, die Rede, alſo in einem Zeitpunkt, in dem der Schuldner die ſeinerſeits erforderlichen Leiſtungshandlungen ſchon erbracht hatte. Es iſt ſomit daran feſtzuhalten, daß die §§ 323 ff. BGB. unter Unmöglichkeit der Leiſtung die Unmöglichkeit der Herſtellung des Leiſtungserfolges verſtehen.

III. Die Schuldnerpflichten bei den Erfolgsschulden

§ 7.

Herbeiführung des Erfolges.

Von besonders großer Bedeutung ist die Frage, welche Pflichten des Schuldners sich aus der jeweiligen Gestaltung des Schuldverhältnisses als Tätigkeits- oder als Erfolgsschuld ergeben.

Zwei Auffassungen werden hinsichtlich der Erfolgsschulden vertreten:

1. Dem Forderungsrecht des Gläubigers auf einen Erfolg entspricht eine Pflicht des Schuldners zur Erfolgsherstellung. Der Schuldner ist verpflichtet, den gesamten Erfolg zu bewirken[1]). Ihre Begrenzung findet die Schuldnerverpflichtung in den Haftungsbeschränkungen durch die Vorschriften über unverschuldete Unmöglichkeit und Gläubigerverzug. Die Haftung des Schuldners andererseits ergibt sich aus verschuldeter Unmöglichkeit (§§ 276, 280 BGB.), Verzug (§ 286 BGB.) und positiver Vertragsverletzung, genauer Begleitschädigung[2]).
2. Der Leistungserfolg wird von dem Gläubiger gewünscht und von dem Schuldner erstrebt. Seine Bewirkung wird aber dem Schuldner nicht zur Pflicht gemacht, sondern nur eine auf diesen Erfolg gerichtet Tätigkeit, „soweit sie ihm aufzuwenden möglich ist.“[3]) — „Der Schuldner hat die rechtliche Pflicht, nach Maßgabe des Rechtsgeschäfts, auf dem das Schuldverhältnis beruht, zwecks Befriedigung des Gläubigers sich anzustrengen und Aufwendungen zu machen. Ergeben sich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft keine Anhaltspunkte, so entscheidet über das Maß der geschuldeten Anstrengung und Aufwendung die Verkehrsanschauung.“[4])

Diese letzte Ansicht ist entschieden abzulehnen. Schon die Tatsache, daß sie das System des BGB. untergräbt, zeigt ihre Abwegigkeit für das geltende Recht. Aber auch de lege ferenda erscheint sie unbrauchbar. Indem sie behauptet, daß der Schuldner nur zu der ihm möglichen Kraftanstrengung verpflichtet sei, weil auch das

1) Vgl. insbes. Leonhard I, S. 42 ff., auch II, S. 35 ff. u. 43. Kreß, S. 187 ff.
2) Darüber s. Leonhard I, S. 540 ff.
3) So insbes. die Anhänger der Kraftanstrengungstheorie, vgl. Brecht, Iher. Jahrb. 53, S. 226.
4) Brecht a.a.O., S. 242.

Schuldverhältnis selbst sich nur auf die dem Schuldner möglichen Kraftanstrengungen richtet, wurde sie bereits oben in § 2 widerlegt.

Die Gegner sehen bei den Erfolgsschulden zu einseitig auf die Leistungshandlung und würdigen nicht genügend die Bedeutung des Leistungserfolges. Welches Maß von Anstrengungen der Schuldner zu dessen Herbeiführung verwendet hat, ist ganz gleichgültig. Zeigt sich, daß die Herbeiführung des Erfolges unmöglich ist, so ist der Schuldner zu nichts mehr verpflichtet, auch nicht zu der ihm möglichen Kraftanstrengung[5]). Endlich ist auch diese Anstrengung nach besten Kräften ein reichlich verschwommener Begriff. Man bedenke einmal, welch verschiedene Ergebnisse sich gegenüberstehen werden, wenn man verschiedenen Richtern einen Fall vorlegt, bei dem die Frage, ob eine Unmöglichkeit vorhanden ist, danach bestimmt werden soll, welche Kraftanstrengung dem Schuldner möglich oder zuzumuten war. Insbesondere bei Versäumnisurteilen würde die nun einmal immer subjektive Abschätzung durch den Richter eigenartige Folgen bewirken[6]). Der Gläubiger müßte mit seinem Antrag auf Versäumnisurteil abgewiesen werden, wenn die Klagschrift erkennen läßt oder wenn gerichtskundig ist, daß die Erfolgsherstellung durch inzwischen eingetretene, nicht voraussehbare Hindernisse wesentlich erschwert ist. Denn nach Brecht ist der Schuldner zur Kraftanstrengung nur nach Maßgabe des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts verpflichtet. Dieser Abweisung des Antrags auf Erlaß eines Versäumnisurteils läge aber immer die subjektive Auffassung des Rechters zu Grunde, gegen die der Gläubiger keine Gegengründe vorbringen wird, weil sie mangels einer mündlichen Verhandlung nich hervorgelockt werden. Hier wäre also die nicht gehörte Partei letzten Endes nicht der abwesende Schuldner, sondern der anwesende Gläubiger. Der Schuldner dürfte nach der Gegenansicht außerdem nicht zur Leistung, sondern nur zur Aufwendung der ihm möglichen Kraftanstrengung verurteilt werden[7]). Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der Schuldner nur deshalb zur Herstellung des Erfolges verurteilt werde, weil er seiner Pflicht zur Kraftanstrengung nicht schon vorher nachgekommen sei. Denn es gibt ja auch Urteile auf künftige Leistungen. Außerdem ist nicht einzusehen, weshalb sich die Verpflichtung zur Kraftanstrengung mit der Verurteilung ändern sollte. Würde der Schuldner umgekehrt verurteilt, die Herstellung des Leistungserfolges zu versuchen, so wäre nur eine Vollstreckung durch mittelbaren Zwang wie bei den streng persönlichen Verpflichtungen (§§ 888 bis 890 ZPO.) möglich[8]).

Die Ansicht, daß der Schuldner zu den ihm möglichen

5) Brodmann a.a.O., S. 266 Anm. 6.
6) Krückmann Iher. Jahrb. 59, S. 131; ders. auch zum folgenden.
7) Leonhard I, S. 44; Planck-Siber Vorbem. I, 3 d zu §§ 275—292. Siber, Rechtszwang, S. 178.
8) Vgl. hierzu Krückmann a.a.O. Siber, Rechtszwang, S. 179.

Leistungshandlungen verpflichtet ist, muß nach dem Gesagten als willkürlich und unhaltbar bezeichnet werden.

Auch den oben unter 1. entwickelten Standpunkt hat man vielfach ablehnen zu müssen geglaubt[9]). Zu unrecht! Man behauptet, das Schuldverhältnis finde zwar seine schuldtilgende Erfüllung erst in der Herstellung des Leistungserfolges, es verpflichte aber den Schuldner nur zur Vornahme der ihm obliegenden Leistungshandlungen: „Was sonst noch zur Erfolgsherstellung hinzukommen muß: der Transport, die Mitwirkung des Gläubigers, fällt außerhalb des Gebietes für das schuldnerische Leistensollen. Der Schuldner muß an positiven Handlungen, wie auch an Unterlassungen alles das vollziehen, was in seinem Betätigungs- und Einwirkungsbereich zur Erfolgsherstellung unerläßlich ist."[10])

Diese Einschränkung ist nicht berechtigt. Man glaubt, sie deshalb machen zu müssen, weil man es für begriffswidrig hält, jemandem auch die Erfolgsbedingungen zur Pflicht zu machen, die außerhalb seines Betätigungs- und Einwirkungsbereichs liegen. Die gleichen Bedenken finden wir bei den Anhängern der Kraftanstrengungstheorie: „Es ist möglich, daß der Erfolg durch äußere Ereignisse dem Machtkreis des Schuldners entzogen wird. Zur Pflicht machen kann also der Gläubiger dem Schuldner nur die Tätigkeit, die den Erfolg herbeizuführen geeignet ist"[11]). Beide Ansicht gehen somit davon aus, daß der Schuldner nur zu den seinerseits zur Erfolgsherstellung nötigen Handlungen verpflichtet sei. Die Kraftanstrengungstheorie verlangt darüber hinaus vom Schuldner nur die ihm mögliche Kraftanstrengung.

Zweifellos ist es richtig, daß man vom Schuldner nicht ernsthaft verlangen kann, was ihm zu tun nicht möglich ist. Die deshalb notwendige Abgrenzung der Schuldnerpflicht kann jedoch in verschiedener Art und Weise geschehen. Die Anhänger der Kraftanstrengungstheorie und der gemäßigten Meinung wollen die Pflichten unmittelbar abgrenzen, übersehen aber dabei, daß das Gesetz sie selbst mittelbar durch die Haftungsbeschränkungen (unverschuldete Unmöglichkeit, Gläubigerverzug) begrenzt hat. Das Gesetz hat die Schuldnerpflichten grundsätzlich so weit wie möglich gefaßt und die daraus naturgemäß sich ergebenden Härten durch die einschränkenden Vorschriften über die Haftung des Schuldners beseitigt. Betrachten wir die Erfolgsschuldverhältnisse des BGB., so sehen wir, daß das Gesetz dem Schuldner die Erfolgsherstellung schlechthin zur Pflicht macht. So heißt es z. B. in § 433 BGB.: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen". Der Gesetzgeber hat es unterlassen, den Begriff des

9) Vgl. insbes. Oertmann ZHR., S. 371 ff.
10) Oertmann a.a.O., S. 375.
11) Brecht Iher. Jahrb. 53, S. 226.

Schuldverhältnisses selbst, die Frage, worauf sich das Schuldverhältnis richtet, festzulegen. Er hat sich damit begnügt, die daraus entspringenden Pflichten zu bestimmen. Wenn man berechtigt sein will, von diesen gesetzlich festgelegten Pflichten nochmals einengend die „wirklichen" Pflichten loszulösen, so müßte man dafür doch schon recht gewichtige Gründe haben.

Man stößt sich insbesondere daran, daß dem Schuldner etwas zur Pflicht gemacht werde, was zur Tätigkeit des Gläubigers allein oder im Zusammenwirken mit dem Schuldner gehört, so bei den Veräußerungsverträgen die Besitz- und Eigentumsübertragung, die ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht möglich ist. Aber der Erfolg ist hier deshalb zur Pflicht gemacht, weil gleichzeitig mit der Gläubigerhandlung oder noch später der Schuldner eine Handlung vorzunehmen hat. Die Handlungen, die der Gläubiger vornehmen muß, damit der Erfolg eintritt, können am Ende oder am Anfang der Schuldnertätigkeit liegen, können einmal oder mehrmals nötig sein. Wie sollte da das Gesetz die Pflichten der Beteiligten im einzelnen Schuldverhältnis festlegen? Wollte es nicht die Pflichten des Schuldners unmittelbar durch eine ganz allgemeine und deshalb allzu dehnbare Bestimmung festlegen, so blieb nur die von ihm gewählte Möglichkeit, die Pflichten vom Leistungserfolg her zu bestimmen und erst mittelbar in den Vorschriften über Unmöglichkeit, Schuldner- und Gläubigerverzug usw. das auszuscheiden, wozu man einen Schuldner nicht „verpflichten" kann. So verstanden, hat die Regelung der Schuldnerpflichten im Gesetz ihren guten Sinn.

Wir halten somit im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes daran fest, daß der Schuldner zur Erfolgsherstellung schlechthin verpflichtet ist und bestreiten die Auffassung, daß das Schuldverhältnis sich zwar auf die Erfolgsherstellung schlechthin richte, die Schuldnerpflicht aber nur auf die dem Schuldner (seinerseits) obliegenden Leistungshandlungen gehe.

§ 8.

Die Lückentheorie, insbesondere beim Vorbehaltskauf.

Bei denjenigen Schuldverhältnissen, bei denen sich der Erfolg unmittelbar an die Leistungshandlung des Schuldners anschließt, ist die Frage der Schuldnerpflichten wenig bedeutsam. Desto größer sind die Meinungsverschiedenheiten bei all den Schuldverhältnissen, bei denen Leistungshandlung und Leistungserfolg auseinanderfallen.

Richtig ist an der vermittelnden Meinung, daß Leistungshandlung und Leistungserfolg nicht unmittelbar zusammenzuhängen brauchen, daß also der Erfolg häufig erst nach Hinzutritt anderer Bedingungen als der Leistungshandlung des Schuldners eintritt. Der Schuldner kann die seinerseits erforderlichen Leistungshandlun-

gen sämtlich vorgenommen haben und der Erfolg trotzdem noch ausstehen, z. B. beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach Übergabe der Sache. Aus diesem noch richtigen Satz zieht man dann aber die unrichtige Folgerung: Also hat der Schuldner alle seine Verpflichtungen erfüllt, obwohl der Erfolg noch aussteht, d. h. das Schuldverhältnis noch nicht erloschen ist, und daraus ergibt sich, daß die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Erfolg schlechthin geht. Es bestehen höchstens noch Nebenpflichten. So kommt Siber[12]) zu dem Satz: „Es besteht daher zwischen dem Abschluß der Leistungstätigkeit und der Erfüllung im Sinne des Erfolgseintritts ein Zwischenraum, in dem keine der Parteien tätig zu werden braucht und trotzdem noch der Erfolg vereitelt werden kann." Diese Auffassung, die ich als Lückentheorie bezeichnen möchte, beruht teilweise auf der Ansicht, daß die Schuld eine durch ein Rechtsgebot an den Schuldner gesicherte Erfolgsanwartschaft sei[13]). Aus dieser Auffassung der Schuld erkläre sich, „daß eine gesicherte Erfolgsanwartschaft des Gläubigers fortbestehen könne, wenn das Rechtsgebot, die Verpflichtung des bisherigen Schuldners, erloschen oder nur noch auf evtl. erforderliche Nebenleistungen . . . gerichtet sei. So sei auch der Schuldner bei Schickschulden, wenn mit der Absendung die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist, meist zu nichts mehr verpflichtet."[14]) Ähnlich spricht auch Oertmann[15]) von einer u. U. sehr breiten Kluft zwischen dem, worauf die Forderung sich richte, und dem, „was dem Schuldner dabei zur Erfolgsherstellung und damit zur Erfüllung obliegt."

Dabei hat man aber eines übersehen: daß eine Erfüllung der Schuldnerpflichten hier nur gegeben scheint, weil dies im Normalfall, dem regelmäßigen Ablauf des Geschäftes, zutrifft. Da sich aber die Pflichten nach den Umständen des Einzelfalles richten, können sich auf Grund der Tatsache, daß der Erfolg geschuldet ist, noch weitere Pflichten nicht nur sekundärer Art ergeben, so etwa die Pflicht zur nochmaligen Absendung der zurückgekommenen Ware. Wie wollen die Gegner ferner die Gestaltung des Gläubigerverzuges mit ihrer Ansicht vereinbaren? Bei Gläubigerverzug hat der Schuldner meist alles seinerseits Erforderliche getan und alle Leistungshandlungen erbracht. Der Gläubiger brauchte nur noch zuzugreifen. Der Annahmeverzug hat aber dennoch bloß schuldabschwächende Wirkung. Der Schuldner bleibt auch weiterhin noch zur Leistung verpflichtet; er muß, wenn sich der Gläubiger später zur Annahme der früher bereits angebotenen Sache erbietet, dem Gläubiger die Sache verschaffen, also meist nochmals Leistungshandlungen vornehmen. Die Pflichten (Besitzübertragung usw.) sind nun aber

12) Bei Plank, S. 24.
13) a.a.O., S. 22.
14) a.a.O.
15) JHR. 93, S. 379.

keine Nebenpflichten. Es kann daher nicht richtig sein, daß der Schuldner nach Erbringung der seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen keine Pflichten mehr habe. Gerade der Annahmeverzug beweist, daß die Schuldnerpflichten sich nicht abstrakt bemessen, sondern je nach Lage des Falles veränderlich sind. Nur soviel läßt sich sagen, daß jene Leistungshandlungen diejenigen sind, zu denen der Schuldner im Regelfall verpflichtet ist.

Zeigen wir einmal an einem Beispiel, zu welchen unbilligen Ergebnissen diese Lückentheorie gelangen muß.

Ein Lebensmittelgroßhändler A. verkauft einem Kleinhändler B. für dessen Geschäft eine bestimmte Menge Lebensmittel in Konserven unter Eigentumsvorbehalt mit der Maßgabe, daß B. die Sachen in seinem Geschäft weiterverkaufen dürfe. Das Eigentum an dem verbleibenden Rest soll mit Zahlung des Kaufpreises, die nach 2 Monaten erfolgen soll, übergehen. Bereits nach einem Monat werden die Sachen bei B. auf Grund eines gegen ihn ergangenen Urteils von seinem Gläubiger C. gepfändet und versteigert. Der Ersteigerer D. verbraucht die Waren. A. verlangt nach 2 Monaten von B. Zahlung des Kaufpreises.

Fall 1: B. verweigert die Zahlung, weil es A. unmöglich sei, ihm (B.) noch das Eigentum an den Sachen zu verschaffen. Diese Unmöglichkeit habe A. auch zu vertreten, weil er, obwohl ihm die Pfändung rechtzeitig mitgeteilt worden sei, weder die Einstellung der Zwangsvollstreckung, noch Freigabe der Sachen von C. verlangt habe.

Fall 2: B. verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil A. der Zwangsvollstreckung nicht widersprochen habe.

Ist die Einwendung oder der Schadensersatzanspruch des B. berechtigt?

Die Antwort lautet verschieden, je nachdem, ob man der Erfolgstheorie, der gemäßigten Theorie, oder der Kraftanstrengungstheorie folgt.

Nach der letzteren könnte A. den Kaufpreis verlangen. Er hat alle ihm obliegenden Leistungshandlungen erbracht. Da nun das Schuldverhältnis nach dieser Lehre nur auf die Erbringung der Leistungshandlungen geht, so wäre das Schuldverhältnis gemäß § 362 BGB. durch Erfüllung erloschen und für eine Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung kein Raum mehr. Die Einwendung des B. wäre also nicht stichhaltig; er müßte den Kaufpreis zahlen, könnte auch keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Diese Kraftanstrengungslehre haben wir bereits oben in § 2 und § 6 abgelehnt.

Nun vertreten aber einige für den Fall des § 455 BGB. insbesondere die Meinung, daß Ansprüche nach der bedingten Über-

eignung nicht mehr bestünden[16]). Würde danach das Forderungsrecht des Käufers im Falle des § 455 BGB. nur auf die Übergabe und bedingte Übereignung gehen, welche die Leistungshandlungen des Verkäufers darstellen, so würde mit deren Erbringung das Schuldverhältnis gemäß § 362 BGB. erlöschen, da die geschuldete Leistung erbracht wäre. Für eine Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistungen wäre deshalb auch nach dieser Ansicht kein Raum mehr. Mit der überwiegenden Meinung[17]) ist jedoch auch diese Ansicht abzulehnen.

Diejenigen, welche im Falle des § 455 BGB. eine Erfüllung schon durch die bedingte Übereignung annehmen, haben richtig bemerkt, daß ein Unterschied gegenüber dem Fall des § 433 BGB. besteht. Aber dieser Unterschied liegt nur in den Leistungshandlungen. Der Leistungserfolg ist derselbe. Man kann nicht behaupten, daß bei einem Kauf nach § 455 BGB. die Forderung nur auf eine bedingte Übereignung ginge. „Der obligatorische Vertrag wird von den Parteien als gewöhnlicher Kaufvertrag empfunden und gewollt."[18]) Die Gegenansicht überschätzt die Bedeutung des Eigentumsvorbehalts. Denn dieser hat doch nur den Zweck, den Verkäufer zu sichern. Er ändert aber nichts an dem Leistungserfolg, den der Verkäufer herbeizuführen hat. Er bestimmt lediglich den Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Leistungshandlungen[19]).

Tritt hiernach beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt wie bei allen anderen Erfolgsschulden eine schuldtilgende Wirkung erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges und nicht schon nach der bloßen Vornahme der Leistungshandlungen ein, so ist auch hier bei Untergang der Sache das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit zu werten. Das Recht auf die Gegenleistung, bzw. das Recht des Käufers auf Ersatz evtl. Schadens infolge der Nichterfüllung bestimmt sich also nach den §§ 323 ff. BGB. bzw. § 446 BGB.

Kehren wir zu unserem Beispiel zurück. B. behauptet eine Unmöglichkeit der Leistung. Dies ist dann richtig, wenn der Leistungserfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann. Tatsächlich ist das auch nicht mehr möglich, weil die geschuldeten Sachen inzwischen verbraucht, also untergegangen sind.

Es fragt sich jedoch, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, da sich danach bestimmt, ob A. den Anspruch auf die Gegenleistung behalten hat oder nicht und ob B. Schadensersatz verlangen kann. Gegen die Pfändung hätte A. die Widerspruchsklage nach § 771

16) Flatow, S. 39 ff.; Titze, S. 93 Anm. 1; Liebrecht KGJ. 05, S. 13 ff.; Emmerich, S. 51 Anm. 160; Kuhnt, S. 8.
17) Oertmann JHR., Bd. 93, S. 362 u. dort zit.
18) Brecht, Jher. Jahrb. 61, S. 297. Gegen die dort S. 296 Anm. 1 Genannten.
19) Rühl, S. 193. Etzold, S. 37/38.

ZPO. geltend machen können. Denn er hatte als Eigentümer ein die Veräußerung hinderndes Recht. Infolge der Unterlassung trat die Unmöglichkeit ein: hätte A. Widerspruchsklage erhoben, so wäre es nicht zur Versteigerung der Sachen gekommen. Ob A. diese Unmöglichkeit zu vertreten hat, bestimmt sich aus dem Kaufvertrag. Für die Frage, ob eine Unmöglichkeit vorliegt, war es gleichgültig, ob A. noch Handlungspflichten hatte. Denn wie oben ausgeführt, ist maßgebend für diese Frage, ob der Leistungserfolg ausgeblieben ist. Anders ist es bei der Frage, ob die Unmöglichkeit zu vertreten ist und wer sie zu vertreten hat. Für die Entscheidung dieser Frage ist maßgebend, ob nach dem Kaufvertrag noch eine Handlungspflicht des A. besteht, denn A. hat die Unmöglichkeit nur dann zu vertreten, wenn sie auf Grund einer schuldhaften Vertragsverletzung durch ihn eintrat (§ 276 BGB.). Bestand eine solche Pflicht des A. nicht mehr und hatte auch B. keine Pflichten mehr, so ist die Unmöglichkeit, da keine der Vertragsparteien ein Verschulden trifft, eine zufällige. (§ 323 bzw. § 446 BGB.) Ein Verschulden des A. läßt sich nicht derart begründen, daß man sagt, beim Vertrag im Sinne von § 455 BGB. seien mit Übergabe und bedingter Übereignung die Tätigkeitspflichten noch nicht voll erfüllt. Bei dem regelmäßigen Ablauf eines unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufes sind die Pflichten des Verkäufers zum Tätigwerden mit der bedingten Übereignung und der Übergabe erschöpft. „Was zum Eigentumserwerb noch hinzukommen muß, vollzieht sich ohne seine Mitwirkung, ja selbst –– wegen der Hinterlegungsmöglichkeit nach § 378 BGB. — ohne daß der Verkäufer es durch Nichtannahme des Preises hindern könnte."[20]) Es bestehen nur noch die negativen Pflichten, alles mit dem Eigentumsübergang Unvereinbare zu unterlassen[21]). Daraus wird vielfach geschlossen, daß der Verkäufer mit Übergabe und bedingter Übereignung stets seine Verpflichtungen voll erfüllt habe[22]). Die herrschende Meinung[23]) nimmt dagegen an, daß der Verkäufer seine Pflichten noch nicht voll erfüllt habe. Das Reichsgericht begrſtndet diese Ansicht folgendermaßen[24]): „Erfüllung sei Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten. Wenn die Leistung des Verkäufers in der Übertragung des Eigentums besteht, so könne unmöglich gesagt werden, die Leistung sei erfüllt, solange das Eigentum noch bei dem Verkäufer bleibe." In Bd. 95 S. 105

20) Oertmann § 455 Anm. 4. ZHR. 93, S. 388.
21) Oertmann a.a.O.
22) Flatow, S. 39 ff. Enneccerus-Lehmann § 118 A III 1 a. Anm. 5. Cosack § 187 I. Beispiel. Von Thur III, S. 319, und die Vertreter der oben genannten Lückentheorie, insbes. Oertmann a.a.O.
23) RG. 64, S. 204 ff., S. 334 ff.; 66, S. 347 ff.; 85, S. 402; 95, S. 105; 133, S. 40. Planck § 455 Ziff. 2 e. Brecht Iher Jahrb, 61, S, 276 ff. Bendix KGBL. 06, S. 169, Frommherz ZZB. 39, S. 447. Jäger § 17 Anm. 11.
24) RG. 64, S. 336.

führt das Reichsgericht unter Berufung auf andere Entscheidungen[25]) aus, der Verkäufer bleibe auch nach der unter Eigentumsvorbehalt erfolgten Übergabe zur Übertragung des Eigentums verpflichtet. „Der Wille des Verkäufers, das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen, müsse also noch im Zeitpunkt der Bedingung vorhanden sein.“[26])

Das Richtige liegt in der Mitte. Für den regelmäßigen Fall des § 455 BGB. hat der Verkäufer mit bedingter Übereignung und Übergabe seine Pflichten zum Tätigwerden erfüllt. Der Eigentumsübergang tritt mit der Zahlung als der Bedingung automatisch ein. Dem Verkäufer oliegt keinerlei Handlungspflicht mehr, auch keine nochmalige Zustimmung. Eine solche würde, so meint Meisner ironisch[27]), an den Clown erinnern, der hinter dem schon gerollten Teppich herläuft, um am Rollen mitzuwirken[28]). Es ist nun aber zu beachten, daß es sich hierbei nur um den Regelfall handelt. Aus der Tatsache, daß der Leistungserfolg als Erfüllung geschuldet ist, kann sich ergeben, daß u. U. der Schuldner noch zu Handlungen verpflichtet ist, obwohl er seiner normalen Handlungspflicht schon genügt hätte. Nachträglich ergibt sich hier, daß er seine Pflichten im konkreten Fall eben noch nicht erfüllt hat. Wenn man die Formel aufstellt, „der Schuldner müsse soviel getan haben, daß der Leistungserfolg ohne sein Zutun eintritt“[29]), und daraus folgert, der Schuldner habe im Falle des § 455 BGB. mit der bedingten Übergabe und Übereignung alles Erforderliche getan, so ist das nicht unrichtig, aber es gilt doch nur für den Normalfall, daß das Geschäft sich so abwickelt, wie es gedacht war. Da aber Umfang, Art und Inhalt der Leistungspflichten sich nach dem konkreten Fall richten, so ergibt sich beim Auftreten von Erfüllungshindernissen, daß eben noch nicht alle Pflichten erfüllt waren. Die Pflichten des Veräußeres laufen bis zur Erfüllung und erscheinen im Falle des § 455 BGB. nur deshalb schon mit Übergabe und bedingter Übereignung als erfüllt, weil dann im Normalfalle das Geschäft automatisch abläuft. Etzold[30]) will noch eine Übereignungspflicht des Verkäufers annehmen, weil dieser auch nach jenen Tätigkeiten noch die Pflicht habe, alles mit dem Eigentumsübergang Unvereinbare zu unterlassen. Dieser Begründung muß aber entgegengetreten werden. Aus der negativen unselbständigen Pflicht kann man unmöglich dieses Ergebnis rechtfertigen[31]). Jene Übereignungspflicht ist durchaus positiv, während die sekundäre Unterlassungspflicht negativ ist. Es ist hiernach grundsätzlich für den unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kauf von der

25) RG. 64, S. 204; 66, S. 345.
26) Anders anschein. RG. 140, S. 223. Vgl. Siebert JW. 33, S. 2440 ff.
27) Meißner, S. 36.
28) Vgl. auch Leonhard II, S. 106 ff.
29) Rühl, S. 194. Oertmann ZHR., S. 376.
30) S. 38. Ebenso Meißner, S. 54.
31) Oertmann ZHR. 93, S. 390.

Unterscheidung zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg, dessen Eintritt das Schuldverhältnis erst zum Erlöschen bringt, auszugehen. Aus der Tatsache, daß der Leistungserfolg geschuldet ist, können sich aber über die Handlungspflichten des Regelfalles hinausgehende Pflichten des Verkäufers zum Tätigwerden ergeben. Um von dem Einfelfall abstrahieren zu können, bleibt nichts anderes übrig, als den oben entwickelten Standpunkt anzuerkennen, daß der Schuldner zur Herstellung des Leistungserfolges schlechthin verpflichtet ist. Man hat dann nicht nötig, zur Begründung der Handlungspflichten des Verkäufers auf Treu und Glauben (§§ 157 und 242 BGB.) zurückzugreifen. Die Handlungspflichten ergeben sich vielmehr daraus, daß der Schuldner zur Erfolgsherstellung verpflichtet ist. So löst sich auch der Widerspruch der beiden Meinungen, von denen die eine das Ergebnis anscheinend aus dem Regelfalle, die andere aus dem Ausnahmefall gewonnen hat. Eine Unterstützung findet dieses Ergebnis in den §§ 1—3, 5 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Aus dem Zweck dieser Bestimmungen, den Käufer solange in Besitz der Sachen zu erhalten, als er auf den Kaufpreis Abzahlungen zu leisten hat, läßt sich wohl der Schluß ziehen, daß der Verkäufer auf Grund des Eigentumsvorbehaltes nicht nur berechtigt, sondern im Zweifel auch dem Käufer gegenüber verpflichtet sein soll, auf dessen Verlangen hin bei Pfändungen durch Dritte zu intervenieren. Dasselbe muß auch für den Fall des § 455 BGB. gelten. Das Ergebnis ist also, daß der Verkäufer nicht nur alles den Eigentumsübergang Hindernde zu unterlassen hat, sondern daß er auch zu positivem Tun verpflichtet ist, wenn ein solches Hindernis in Form einer durch einen Dritten betriebenen Zwangsvollstreckung auftritt[32]). Eine solche Pflicht besteht nicht nur bei Pfändungen eigener Gläubiger, sondern auch bei solchen von Gläubigern des Käufers, denn dieser ist zwar zur Befriedigung seiner Gläubiger verpflichtet, aber dem Verkäufer gegenüber ist er nicht verpflichtet, andere Gläubiger als ihn selbst zu befriedigen[33]). Ob A. nun diese Pflichtverletzung zu vertreten hat, bestimmt sich nach § 276 BGB., wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. A. handelte vorsätzlich, weil er trotz Kenntnis der Pfändung nicht widersprach. Es liegt also eine von A. zu vertretende Unmöglichkeit vor. Für diesen Fall gewährt § 325 BGB. dem Vertragsgegner mehrere Rechte. Nach Absatz 1 Satz 2 kann er neben anderen auch die für den Fall des § 323 BGB. bestimmten Rechte geltend machen, also auch gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB. die Gegenleistung verweigern.

Die Gegenansicht wird hiergegen schwerlich einwenden können, daß sich dies Ergebnis auch aus § 320 BGB. rechtfertigen lasse,

32) Im Ergebnis ebenso Meißner, S. 15; Etzold, S. 53 ff.; Lechner, S. 30.
33) Etzold a.a.O.

weil nach dieser Bestimmung die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigert werden könne. Denn es wäre doch recht eigenartig, wenn man dem A. einerseits bestätigen müßte, daß er sämtlichen ihm obliegenden Pflichten nachgekommen sei und daß er auch nicht mehr die Preisgefahr trage, ihm anderseits aber erklären wollte, daß B. ihm den Kaufpreis nicht zu zahlen brauche, weil er die verkaufte Sache nicht zu Eigentum bekommen habe.

Den Schadensersatzanspruch des Käufers (Fall 2) müßte sie ebenfalls ablehnen, während nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer gemäß § 325 Satz 1 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangen kann. Nur das Letztere entspricht m. E. der Billigkeit. Die Gegenmeinung kann auch unter dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung nicht zu einem Schadensersatzanspruch gelangen, weil auch die positive Vertragsverletzung das Bestehen von Pflichten voraussetzt.

§ 9.

Der Versendungskauf und der sog. Erfüllungsort.

Auch beim Versendungskauf zeigt sich die Notwendigkeit der Abgrenzung der Schuldnerpflichten vom Leistungserfolg aus.

Die Gegner behaupten, beim Versendungskauf sei der Verkäufer nur zur Absendung, nicht auch zur Besitz- und Eigentumsübertragung verpflichtet. Das müssen sie deshalb folgerichtig behaupten, weil sie den Transport nicht zu den Schuldnerpflichten rechnen wollen. Und zu dieser Behauptung wiederum, daß der Transport nicht zu den Schuldnerpflichten gehöre, ist man durch die Bestimmung des Gefahrübergangs auf den Käufer gemäß § 447 BGB. verleitet worden. Man behauptet, die Gefahr gehe deshalb über, weil „der Schuldner spätestens mit der Absendung seine Leistungshandlungen vollzogen habe“[34]). Dies ist nicht richtig. Der Grund ist vielmehr in der Tatsache zu suchen, daß der Schuldner ebenso wie in § 243 Abs. 2 das seinerseits Erforderliche, d. h. das von ihm selbst oder seinen Angestellten Vorzunehmende, getan hat. Die Gegenansicht beruht somit auf einer nicht berechtigten Gleichsetzung des schuldnerischerseits Erforderlichen mit den dem Schuldner schlechthin obliegenden Pflichten[35]). Diese Gleichsetzung ist unrichtig und ebenso unnötig, weil der Gefahrübergang sich auch, wie oben dargelegt, anders erklären läßt. Im übrigen sind Argumente, die unmittelbar aus der verfehlten Bestimmung des § 447 BGB. gewonnen sind, nicht schwer zu werten. Verfehlt ist § 447 BGB., weil er der Billigkeit widerspricht. Der Verkäufer hat regelmäßig weit mehr Einfluß auf das Gelingen der Versendung als der Käufer. Er verpackt die Sache, wählt den Frachtführer aus und gibt ihm Anweisungen,

34) Oertmann JHR. 93, S. 365.
35) Vgl. Kannegießer, S. 20.

bestimmt den Weg des Transportes sowie die Zeit und Art der Versendung. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb gerade der Käufer den Schaden tragen soll, wenn der Frachtführer den Untergang der Sache verursacht. Die Haftung der Eisenbahn und der Post schafft allerdings einen Ausgleich, sodaß in diesen Fällen die Unbilligkeit nicht hervortritt. Desto krasser geschieht dies in all den Fällen, in denen die Beförderung durch einen Dienstmann oder eine Botenfrau erfolgt und diese zum Ersatz des Schadens nicht fähig sind[36]). Das Gesetz betrachtet den Versendungskauf zu einseitig. Freilich hat der Verkäufer mit der Absendung regelmäßig alles getan, was er persönlich zur Ankunft der Sache tun konnte. Anderseits bekommt aber der Käufer bei Untergang der Sache nichts. Kann man zwar nicht von einem Verschulden des Verkäufers reden, wenn die von ihm ausgewählte Transportanstalt den Untergang der Sache verursacht, so beruht letzten Endes dieser Untergang doch immerhin auf seiner Handlung, während der Käufer damit nicht im geringsten Zusammenhang steht. Die Regelung des Gefahrübergangs in § 446 BGB. ist berechtigt, weil in den von ihm getroffenen Fällen die Sache wirtschaftlich auf den Käufer übergegangen ist[37]). Dieser Grund ist im Falle des § 447 BGB. aber nicht gegeben. Mit der Bestimmung des Gesetzes müssen wir uns für die Fälle des § 447 BGB. abfinden. Eine analoge Anwendung auf andere Fälle ist jedoch abzulehnen[38]).

Man behauptet allerdings nicht mehr, daß die Pflichten des Verkäufers erloschen seien, weil mit der Absendung erfüllt sei. Dies tat eine ältere Lehre[39]), nach der beim Versendungskauf die Schuld bereits durch die Absendung erfüllt wird. Das ist aber offensichtlich unrichtig. Diese Ansicht trennt nicht die beiden begrifflich scharf auseinanderzuhaltenden Fragen: worauf richtet sich das Schuldverhältnis = was ist geschuldet? und: zu welcher Tätigkeit ist der Schuldner verpflichtet? Es wurde bereits oben dargelegt, daß beim Kauf stets ein Erfolg geschuldet ist und daher eine Erfüllung gemäß § 362 BGB. erst vorliegen kann, wenn dieser geschuldete Erfolg bewirkt ist.

Die Gegenansicht[40]) macht sich jetzt vielmehr umgekehrt diese Unterscheidung zunutze. Sie behauptet, daß die Schuld zwar erst mit jener Erfolgsherstelung erfüllt sei, der Schuldner aber nur zu den ihm selbst obliegenden Leistungshandlungen, also allen Handlungen bis zur Absendung einschließlich, verpflichtet sei. Ihr liegt mithin jene nicht anzuerkennende Lehre zu Grunde, welche die Schuldnerpflichten unmittelbar und damit allgemein für alle Fälle

36) Leonhard II, S. 27.
37) Leonhard II, S. 16 ff.
38) Vgl. Leonhard II, S. 27.
39) Schrifttum bei Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, S. 30/31.
40) Vgl. Oertmann, Bl. f. R. A. 73, S. 385 ff. JHR. 93, S. 380.

festlegen will. Das ist aber nicht möglich. Um jedem Einzelfall gerecht werden zu können, muß man die Pflichten vom Leistungserfolg, d. h. der Besitz- und Eigentumsübertragung her abgrenzen. An jener Lehre ist nur soviel richtig, daß diese allgemein bestimmbaren Leistungspflichten regelmäßig den Leistungserfolg herbeiführen, sei es allein oder wie hier im Fall des Versendungskaufes in Verbindung mit der Tätigkeit Dritter. Das besagt aber noch längst nicht, daß sie die Leistungspflichten schlechthin darstellen. Welche dies sind, bestimmt sich für den Einzelfall vom Leistungserfolg her. So hat denn auch das Gesetz diesen Leistungserfolg (Besitzübergabe und Eigentumsübertragung) zur Pflicht gemacht. Bei einer Betrachtung von dieser Seite aus ergibt sich, daß auch die Versendung und der Transport zu den Leistungspflichten des Schuldners gehört. Denn damit ermöglicht sich der Verkäufer ja erst die Erfüllung der weitergehenden Pflicht zur Besitz- und Eigentumsübertragung. Im übrigen ist nicht einzusehen, weshalb die Gegner bei ihrer unmittelbaren Bestimmung der Leistungspflichten die Übersendung aus dem Kreis der dem Schuldner obliegenden Pflichten ausscheiden wollen. Das beruht hauptsächlich auf einem Grunde, den man auch mit besonderer Vorliebe gegen die hier vertretene Ansicht anzuführen pflegt. Man behauptet[41]), unsere Ansicht müsse zu der „unausweichlichen Folgerung" gelangen, daß der Verkäufer für das Verschulden der mit der Ausführung des Transportes betrauten Personen gemäß § 278 BGB. hafte, weil sie nach unserer Ansicht notwendig seine Erfüllungsgehilfen wären. Dadurch würde auf einem Umwege die Haftungsbeschränkung des § 447 BGB. wieder erheblich eingeengt[42]). Nach dieser Vorschrift braucht der Verkäufer für ein Verschulden des Frachtführers nicht zu haften, weil das von ihm aus gesehen Zufall ist. Aber auch mit unserer Ansicht ist der Ausschluß der Haftung vereinbar. Er beruht auf einem ganz anderen Gesichtspunkt, nämlich darauf, daß die Frachtführer als selbständige Zwischenpersonen nicht zu den Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB. zu rechnen sind[43]). § 278 BGB. findet Anwendung nur auf Personen, die der Aufsicht des Schuldners unterstehen. Das ergibt sich aus dem Zweck dieser Bestimmung, den Schuldner zur Beaufsichtigung seiner Hilfspersonen anzuhalten[44]). Erfolgt die Übersendung durch solche Hilfspersonen, so haftet der Verkäufer nach § 278 BGB. Dies ist unbestritten[45]). Der Grund des Haftungsausschlusses beim Versendungsverkauf kann deshalb kein anderer sein als die Selbständigkeit der Zwischenpersonen[46]).

41) Oertmann Bl. R. A. 73, S. 388. ZHR. 93, S. 381.
42) Oertmann ZHR. 93, S. 381.
43) Leonhard I, S. 229 u. S. 548 ff.
44) Leonhard I, S. 229; Kannegießer, S. 16.
45) a. A. früher Plank-Siber § 269 Bem. 1 a. Jetzt zustimmend unter Aufgabe der Gegenansicht Siber, Grundriß, S. 73.
46) Leonhard I, S. 230.

Die Gegenansicht hat nicht nur den Wortlaut des Gesetzes (§ 433 BGB.) gegen sich, sie widerspricht auch der Verkehrsanschauung und der Verkehrssitte. Wenn jemand auswärts eine Sache bestellt, so kommt ihm niemals der Gedanke, daß er sie eigentlich dort abholen müsse und daß es nur eine Gefälligkeit des Verkäufers sei, wenn er ihm die Waren übersendet. Und doch ist dies behauptet worden. Ebenso verfehlt ist es, die Uebersendungspflicht auf einen besonderen Vertrag zurückzuführen. Der Besteller der Ware wird reichlich erstaunt sein, wenn man ihm erzählt, er habe eigentlich zwei Verträge geschlossen, einen Kaufvertrag und einen Übersendungsvertrag. Aber auch die Meinung, die den Versendungskauf als einen Kaufvertrag mit der Besonderheit ansieht, daß die Pflicht des Verkäufers nur auf Absendung geht, vermag nicht zu überzeugen. Da die Sache aus dem Besitz des Verkäufers in den des Käufers gelangen soll, so muß normalerweise ein Ortsunterschied überwunden werden. Daß unter Anwesenden der Verkäufer zu übergeben hat, wird als selbstverständlich angesehen. Weshalb soll das aber nicht gelten, wenn der Zwischenraum größer ist?[47])

Nicht nur jene bedenkliche Art der Pflichtenabgrenzung, auch die bei Erfüllungshindernissen sich ergebenden Schwierigkeiten, lassen die Gegenmeinung wenig beifallswert erscheinen.

Auch die Gegner können nicht leugnen[48]) daß der Verkäufer u. U. nach Absendung der Ware noch zum Tätigwerden verpflichtet ist, so zum Umleiten einer in falscher Richtung versandten Ware an den richtigen Ort, zur Veranstaltung von Nachforschungen über den Verbleib der Ware, Änderung der Beförderungsart, Benachrichtigung des Gläubigers vom bevorstehenden Eintreffen der Ware, zur nochmaligen Absendung der an den Verkäufer zurückgelangten Ware[49]) usw. Man meint[50]), diese den Verkäufer auch nach der Absendung noch treffenden Pflichten seien teils negativer, teils nebensächlicher Natur. Das vermag jedoch nicht über die Inkonsequenz der Gegenmeinung hinwegzutäuschen. Wenn man annimmt, daß der Verkäufer mit der Absendung die ihm obliegenden Leistungshandlungen erbracht hat, so läßt sich für diese Pflichten kaum eine Grundlage finden. Tatsächlich muß die Gegenmeinung zu dem § 242 BGB. (Treu und Glauben) greifen, um sie erklärlich zu machen[51]). Im übrigen ist es nicht richtig, daß sie durchweg Nebenpflichten seien, so z. B. nicht die Pflicht zur nochmaligen Absendung. Grenzt man die Schuldnerpflichten vom Leistungserfolg — also der Übergabe und Eigentumsübertragung — aus ab, so sind diese Leistungen

47) Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, S. 33. Schuldrecht I, S. 228, auch zum folgenden.
48) Vgl. Oertmann Bl. f. R. A. 73, S. 392.
49) ROHG. 13, S. 353 ff. Leonhard I, S. 229, 230.
50) Oertmann a.a.O.
51) Vgl. Oertmann § 447 Bem. 10.

schon deshalb keine Nebenpflichten, weil sie einen Teil der Hauptleistung, nämlich die Übergabe, erst ermöglichen, also Vorbereitungshandlungen zur Hauptleistung sind[52]). Welchen Zweck soll es schließlich haben, daß beim Versendungskauf noch der Erfolg geschuldet ist, wenn der Verkäufer zu seiner Herstellung nicht verpflichtet ist und mit der Absendung seinen Leistungspflichten genügt hat? Daß der Erfolg noch geschuldet, das Schuldverhältnis also noch nicht erloschen ist, kann hier beim Versendungskauf doch nur den Sinn haben, die Grundlage für weitere Pflichten abzugeben. Oder soll es nur deshalb weiterbestehen, weil andernfalls der Verkäufer den Kaufpreis mit der Absendung verlangen könnte, also nur, um die Fälligkeit des Kaufpreises hinauszuschieben? Wozu dann aber in den Fällen noch ein Fortbestehen, in denen der Kaufpreis schon gezahlt oder ein bestimmter Fälligkeitstermin vereinbart ist? Zur Begründung einer Unmöglichkeit kann das Fortbestehen des Schuldverhältnisses auch nicht dienen. Dem Verkäufer ist der Kaufpreis nach der Gegenansicht auf jeden Fall sicher. Er hat ja angeblich keine Pflichten mehr und kann deshalb eine Unmöglichkeit auch nicht mehr verschulden und damit den Kaufpreisanspruch verlieren.

Nach alledem ist daran festzuhalten, daß auch beim Versendungskauf der Verkäufer zur Übergabe und Eigentumsübertragung und damit auch zur Übersendung der Ware verpflichtet ist.

Dies widerlegt gleichzeitig die Ansicht[53]), daß in der Bestimmung des § 269 BGB. eine Regelung der Frage, wo tatsächlich zu leisten ist, zu sehen sei. Nach § 269 BGB. liegt der maßgebliche Ort im Zweifel am Wohnsitz (Abs. 1) oder am Geschäftssitz (Abs. 2) des Schuldners. In vielen Fällen kann aber die Schuld an diesem Ort gar nicht erfüllt werden, so auch beim Versendungskauf. Dies gibt die Gegenansicht — abgesehen von jener abwegigen Meinung, die Schuld sei mit der Absendung erfüllt — auch zu[54]). Sie will den Widerspruch mit Hilfe der Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg lösen. „Leistung" in § 269 BGB. bedeute Leistungshandlung. § 269 BGB. bestimme also den Ort, an dem der Schuldner jeweils die ihm obliegenden Leistungshandlungen vorzunehmen habe[55]). Aber die krasse Scheidung zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg ist schon bedenklich, weil sie die Systematik des Gesetzes manchmal überschneidet. Noch weniger kann im Falle des § 269 BGB. behauptet werden, das Gesetz gehe hier von diesem Unterschied aus und betrachte als Leistung in § 269 BGB. die Leistungshandlung. Denn schon beim Hauptanwendungsfall, dem

52) Vgl. auch Leonhard, Schuldort und Erfüllungsort, S. 44, 45. Kannegießer, S. 19.
53) Oertmann Bl. f. R. A 73, S. 385 ff. Adler in Grünhuts Zeitschr. 38, S. 719 ff. Kreß, S. 393. Siber, Grundriß, S. 72 ff. Plank-Siber § 269 Bem. 1 a u. b. Bendix Recht 08, S. 668.
54) Vgl. Oertmann a.a.O. u. JHR. 93, S. 371 ff.
55) Oertmann JHR. 93, S. 372; Bornemann, S. 27 ff.

Versendungskauf, spricht es vom Erfüllungsort (s. § 447 BGB.), zeigt also nicht das geringste Verständnis für jene Unterscheidung. Dies müssen auch die Gegner zugeben. Sie meinen: „Derlei Ungenauigkeiten kommen für uns natürlich nicht in Betracht."[56]) Aber nicht nur das. Die gegnerische Lehre ist auch unvereinbar mit dem oben entwickelten Standpunkt, daß der Verkäufer beim Versendungskauf — wie bei jedem anderen Kauf — zur Übergabe und Eigentumsübertragung und deshalb auch zur Übersendung verpflichtet ist. Die Tätigkeiten, welche die Versendung betreffen, können beim Versendungskauf nicht sämtlich am Wohnsitz oder Geschäftsbesitz des Schuldners erfolgen. Der Leistungsort des § 269 BGB. ist also nicht der Ort, an dem tatsächlich zu leisten ist, sondern der für die Schuld maßgebliche Ort. § 269 BGB. bezieht sich „ausschließlich auf die rechtliche Charakterisierung der Schuld"[57]). Begrifflich verschieden davon ist der Ort, an dem tatsächlich geleistet wird, der „Vollzugsort"[58]).

IV. Die Enderfolgsschulden.

§ 10.

Die Zweckerreichung.

Inhalt der bisher behandelten Schuldverhältnisse war entweder eine Tätigkeit des Schuldners oder eine Tätigkeit und deren Erfolg.

Die herrschende Meinung behauptet nun, es komme bei allen Schuldverhältnissen nur darauf an, daß ein bestimmter Erfolg erreicht werde. Sie bestreitet dementsprechend, daß der im Schuldverhältnis enthaltene Leistungsbefehl an den Schuldner entscheidend ist und betrachtet die Leistung des Schuldners nur als eines der Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. Der Zweck soll für das Schuldverhältnis entscheidend sein.

Diese Ansicht hat ausführlich zuerst Hartmann[1]) zu begründen versucht. Von der Beobachtung ausgehend, daß es Fälle gibt, in denen der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand erhält, ohne daß gerade der Schuldner tätig geworden ist, wie z. B. im Falle des § 267 BGB., kommt er dazu, auch dann eine Erfüllung anzunehmen, wenn das Interesse des Gläubigers auf eine andere Art als durch die Handlung des Schuldners befriedigt wird. Er

56) Oermtann Bl. f. R. A. 73, S. 391.
57) Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, S. 2, 30.
58) Leonhard a.a.O. Ihm folgend Enneccerus § 247. Fischer JHR. 62, S. 498 ff. Schultz JBL. 1910, S. 301 ff. Stern, Gefahrtragung beim Kauf. Emge, Der Vollzugsort.
1) Hartmann, Die Obligation.

sieht in dem Zweck den maßgeblichen Inhalt des Schuldverhältnisses, in dessen Erreichung es begriffsmäßig sein Ende anstrebe[2]). Zweck des Schuldverhältnisses sei die „Stillung eines bestimmt begrenzten, durch den Entstehungstatbestand individualisierten privaten Interesses einer Person"[3]). Hartmann bemerkt zwar einmal richtig[4]) daß es „eine Reihe von Fällen gibt, wo sogar die höchstpersönliche Handlung des Obligierten das einzige Mittel zur intentionsgemäßen Befriedigung des vorliegenden Interesses ist, wo sich das letztere ganz in jener Handlung verkörpert". Er gibt also zu, daß in diesen Fällen die schuldnerische Handlung den wesentlichen Zweck des Schuldverhältnisses darstellt, ohne dies jedoch später bei seiner Behauptung über den maßgeblichen Inhalt des Schuldverhältnisses zu berücksichtigen.

Die Behauptung Hartmanns, daß stets Erfüllung des Schuldverhältnisses vorliege, wenn dessen Zweck erreicht sei, ist mit guten Gründen widerlegt worden[5]) und wird heute nicht mehr vertreten. Man betrachtet als Erfüllung entweder nur die Leistung des Schuldners[6]) oder darüber hinaus auch noch die Leistung eines Dritten nach § 267 BGB.[7]). Streit herrscht jedoch darüber, ob neben der Erfüllung auch die sog. (anderweitige) Zweckerreichung Schuldtilgungsgrund ist. Letzteres behauptet die herrschende Meinung, die insoweit Hartmann gefolgt ist[8]). Doch fehlt es auch heute nicht an Gegnern, die demgegenüber im Anschluß an die gemeinrechtliche Auffassung eine Tilgung der Schuld nur dann annehmen, wenn der Schuldner oder für diesen ein Dritter die Leistung erbringt[9]).

In der Tat muß das Erlöschen des Schuldverhältnisses auf diese Tatbestände beschränkt werden. Die Erreichung des Zwecks allein reicht zur Befreiung des Schuldners nicht aus[10]). Wenn der Verkäufer eine einem Dritten gehörige Sache verkauft und der Käufer die Sache dann von dem Eigentümer direkt erwirbt, so ist damit der Zweck, den der erste Verkauf erstrebte, erreicht. Trotzdem ist der Verkäufer nicht befreit. Wenn er die Sache nicht mehr liefern kann, so beruht das auf seinem Mangel im Rechte. Infolge dieses urspünglichen Unvermögens haftet er auf Schadensersatz, falls seine Leistung nicht gerade durch jene Erwerbung unmöglich gemacht worden ist.

Bei der Erörterung der Zweckerreichung bezeichnet man als Zweck bald den konkreten Zweck der Leistung, bald das Interesse des

2) a.a.O., S. 37.
3) a.a.O.
4) a.a.O., S. 33.
5) Vgl. etwa Böhmer, S. 4 ff., insbes. S. 16 ff.
6) Vgl. z. B. Böhmer, S. 22 f.
7) Vgl Oertmann § 267 Bem. 1.
8) Vgl. z. B. Enneccerus-Lehmann § 1, IV.
9) Leonhard I, S. 39 ff., 49 ff.; Kreß, S. 166.
10) Vgl. Leonhard I, S. 642 ff.

Gläubigers an der Erfüllung. Man meint, daß beide nicht notwendig zusammen fielen[11]). Es könne sein, daß der Gläubiger kein Interesse mehr an der Erfüllung habe, obwohl der konkrete Zweck des Schuldverhältnisses noch nicht erreicht sei. So bestehe für den Gläubiger hinsichtlich eines zu seinen Gunsten eingegangenen mehrjährigen Wettbewerbsverbots, das den Zweck hat, seine Fabrik während der Verbotszeit vor jeglichem Wettbewerb in einem bestimmten örtlichen Umkreis zu schützen; bei vorzeitiger Aufgabe seines Fabrikbetriebes kein weiteres Interesse mehr an der Erfüllung der Unterlassungspflicht des Schuldners, während der konkrete Zweck des Schuldverhältnisses erst mit Ablauf der Verbotszeit erreicht werde[12]). Umgekehrt könne das Interesse des Gläubigers noch fortbestehen, obwohl der konkrete Zweck (auf andere Art als durch Erfüllung) erreicht sei. Dies werde besonders dann der Fall sein, wenn der Gläubiger die bedungene Leistung in einer anderen als der im Vertrag vorgesehenen Weise verwenden könne. Staudinger gibt dazu folgendes Beispiel:[13])

Ein Hauseigentümer bestellt den behördlich vorgeschriebenen Blitzableiter für sein Haus, um der Vorschrift zu genügen. Vor der Lieferung bringt ein Dritter schenkweise einen vorschriftsmäßigen Blitzableiter auf dem Hause des Bestellers an. Der konkrete Zweck sei hier vor der Erfüllung erreicht. Trotzdem habe der Besteller nicht jedes Interesse an der Lieferung des bestellten Blitzableiters verloren, weil er ihn noch anderweitig verwerten könne.

Man glaubt vielfach[14]), mit dieser Unterscheidung zwischen konkretem Zweck des Schuldverhältnisses und dem Interesse des Gläubigers an der Leistung alle Schwierigkeiten meistern zu können. Man meint nämlich, daß bei Erreichung des konkreten Zwecks das Schuldverhältnis nur dann erlösche, wenn gleichzeitig damit jedes schutzwürdige Interesse des Gläubigers fortfalle. Umgekehrt soll bei Wegfall des Interesses das Schuldverhältnis erlöschen, auch wenn der konkrete Zweck noch nicht erreicht ist. Das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses soll notwendige Voraussetzung dafür sein, daß das Schuldverhältnis bestehen bleibt.

Diese Hervorhebung des „gläuberischen Interesses" vermag eine wichtige Erkenntnis zu vermitteln: Sie zeigt die teilweise überaus unbefriedigenden Ergebnisse der unterschiedslos angewandten Lehre von der Zweckerreichung als Schuldtilgungsgrund. Jedoch kann man auch mit diesem Begriff des Interesses an der Leistung zu keiner allgemeingültigen Regel gelangen. Diese Lehre muß nämlich bei dem Versuch der Anwendung auf die Tätigkeitsschulden versagen, weil bei diesen das Interesse des Gläubigers an der

11) Zum folgenden s. Staudinger a.a.O. vor § 362, C III.
12) Beisp. v. Staudinger a.a.O.
13) a.a.O.
14) Vgl. etwa Staudinger a.a.O.

Leistung des Schuldners einfach nicht feststellbar ist. Wohl mag sich dieses bei Erfolgsschulden, insbesondere Speciesschulden, aus dem Schuldverhältnis selbst bestimmen lassen, weil die Tätigkeit des Schuldners in Beziehung gesetzt ist zu dem Erfolg, d. h. einem Arbeitsergebnis, dessen wirtschaftliche Bedeutung für den Gläubiger schon leichter erkennbar ist. Bei der Tätigkeitsschuld gibt es keinen Gegenstand, durch den das Interesse des Gläubigers sich bestimmen ließe. Der Entstehungstatbestand hat im Gegenteil gerade jede Verbindung zum Interesse des Gläubigers hinüber unterbunden. (Vgl. oben § 3.)

Es ist deshalb verfehlt, ein subjektives Interesse des Gläubigers als eigentlichen Zweck des Schuldverhältnisses zu bezeichnen. Mit Recht hat man dieser Anschauung vorgeworfen, daß sie „in das höchst unsichere Gebiet der wirtschaftlichen Motive hinabsteige“[15]. Nicht um einen Zweck in diesem Sinne, sondern ebenfalls um ein Motiv des Gläubigers handelt es sich in Staudingers oben angeführtem Falle, wo ein Blitzableiter bestellt wird, um der behördlichen Vorschrift zu genügen. Auch Hartmann hat darauf hingewiesen, daß die „besonderen weiteren praktischen Zwecke“ unbeachtlich sind und betont, daß von Bedeutung nur der „unmittelbare juristische Zweck“ wie die Verschaffung einer Sache, mit anderen Worten also der Leistungserfolg sei[16]. Aber auch wenn man nur diesen juristischen Zweck ins Auge faßt, so tritt, wie wir oben S. 57 sahen, mit seiner Erreichung nicht ohne weiteres eine Befreiung des Schuldners ein.

Hiernach steht fest, daß als Zweck weder das Interesse, noch ein als konkreter Zweck bezeichnetes Motiv des Gläubigers in Betracht kommen kann. Die Meinungsverschiedenheiten bei diesem Zweckproblem beruhen m. E. darauf, daß man sich darüber nicht genügend klar geworden ist, was für ein Zweck überhaupt in Betracht kommen kann. Es ist zu trennen zwischen dem Zweck des Schuldverhältnisses und dem Zweck der Leistungshandlung[17]. Zweck des Schuldverhältnisses als solchen ist lediglich die Bindung der Parteien. Zweck der Leistungshandlung ist die Erfolgsherstellung, z. B. die Verschaffung einer Sache. Es ist also falsch, wenn man diesen Erfolg als den juristischen Zweck des Schuldverhältnisses bezeichnet[18]. Wird nun dieser Erfolg ohne Leistung des Schuldners hergestellt, so kann mithin diese Erreichung des Zwecks der Leistungshandlung niemals unmittelbar den Bestand des Schuldverhältnisses selbst beeinflussen, sondern lediglich die Leistungshandlung, also nur den Schuldinhalt. Wie sich dieser verändert, ergibt sich aus den Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung.

15) Böhmer, S. 10, auch S. 15.
16) a.a.O., S. 53 ff.
17) Vgl. zum folgenden § 3.
18) So z. B. Hartmann a.a.O.

Aus alledem ergibt sich folgendes: Es gibt keinen allgemeinen Satz, daß das Wesen des Schuldverhältnisses durch seinen Zweck bestimmt werde. Dies gilt sowohl für Tätigkeits-, als auch für Erfolgsschulden, auch für den vielerörterten Fall des concursus duarum causarum lucrativarum[19]). Die ganze Lehre von der Zweckerreichung als Schuldtilgungsgrund beruht auf einer Verkennung des Schuldinhalts. Nicht der Eintritt des Erfolges schlechthin entscheidet, sondern dessen Herbeiführung durch den Schuldner.

§ 11.

Das Wesen der Enderfolgsschulden.

Allerdings gibt es Schulden, bei denen es im Gegensatz zu den in Teil I—III behandelten lediglich auf den Enderfolg ankommt und es dann gar keine Rolle spielt, ob gerade der Schuldner tätig geworden ist[20]). Sie lassen sich im Gegensatz zu jenen als Enderfolgsschulden bezeichnen.

Die Hauptfälle bilden die Verpflichtung zum Schadensersatz, die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt und die ungerechtfertigte Bereicherung.

Sie sind in Inhalt und Bestand abhängig vom Bestehen eines bestimmten Zustandes und erlöschen, sobald dieser Zustand beseitigt ist. Diese Beseitigung ist also, rechtlich gesehen, eine auflösende Bedingung und zwar nicht nur wie bei den gewöhnlichen Schuldverhältnissen der Leistungserfolg für eine bestimmte Leistungshandlung, sondern auch für das Schuldverhältnis selbst. Das Erlöschen des Schuldverhältnisses infolge einer unabhängig vom Schuldner durch einen Dritten erfolgenden Beseitigung beruht demnach nicht etwa auf Erfüllung oder Erreichung des Leistungszwecks. Diese ist, wie wir sahen, gar kein Tilgungsgrund für die Schuld selbst. Der allein in Betracht kommende, unmittelbare juristische Zweck hat ja auch etwas ganz anderes zum Gegenstand, nämlich den Leistungserfolg, das ist die Vermögensverschiebung[21]). Verschieden davon ist die Frage, ob diese Vermögensverschiebung erfolgen muß und das hängt davon ab, ob jener Zustand noch besteht. Das Erlöschen des Schuldverhältnisses beruht auch nicht etwa umgekehrt auf Unmöglichkeit[22]). Zwar ist die Beseitigung des Zustandes nur einmal möglich und denkbar. Aber auch die Lieferung einer bestimmten Sache an den Gläubiger ist nur einmal möglich und trotzdem wird der Schuldner nicht befreit, wenn irgendein Dritter leistet. Das Bestehen des Zustandes, z. B. des Schadens, ist nach alledem eine

19) Darüber im Einzelnen Leonhard I, S. 643 ff.
20) Leonhard I, S. 40 ff, II S. 533, auch z. Folgenden.
21) Vgl. hierzu Böhmer, S. 10.
22) So auch Leonhard I, S. 40.

Rechtsbedingung für die Leistungspflicht des Schuldners. Die Enderfolgsschulden bilden hiernach auch keine eigentliche Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß die Leistung vom Schuldner selbst ausgehen muß[23]).

Man kann die Erhaltung des Lebens des Unterhaltsberechtigten, die Wiederherstellung des früheren Zustandes beim Schadensersatz usw. als Zweck des Schuldverhältnisses bezeichnen, muß sich dabei aber bewußt bleiben, daß es sich um eine besondere Eigenart gerade dieser Schuldverhältnisse handelt, die nicht mit dem (Leistungs-) Zweck des Kaufs, Tauschs, Werkvertrags usw. gleichgesetzt werden darf, ebensowenig wie man dies etwa mit der von der Bürgschaft erstrebten Sicherung des Gläubigers, die man mit Leonhard[24]) am besten als Artzweck bezeichnet, tun darf. Wenn also z. B. die Unterhaltspflicht erlischt, weil der Unterhaltsberechtigte sich durchgehungert hat (s. unten S. 71), so ist dies erfolgt infolge einer „Zweckerreichung", die mit der sonst unter Zweckerreichung verstandenen Erreichung des Leistungserfolgs, also der Vermögensverschiebung, nichts zu tun hat. Deshalb beweist die Schuldtilgung infolge dieser „Zweckerreichung" nichts für die Annahme, daß das Schuldverhältnis erlösche, wenn der Leistungszweck erreicht wird.

Die Enderfolgsschulden sind abhängig vom Bestehen eines bestimmten Zustandes. Jeder Umstand, der auf diesen Zustand einwirkt, beeinflußt infolgedessen auch den Leistungsgegenstand. Dieser ist daher nicht fest bestimmt, sondern veränderlich. Darin zeigt sich der grundlegende Unterscheid der Enderfolgsschulden von den gewöhnlichen Schuldverhältnissen. Letztere haben von vornherein eine nach Inhalt und Umfang festbestimmte Leistung — speziell oder der Gattung nach — zum Gegenstand. Bei den Enderfolgsschulden dagegen legt der Entstehungstatbestand nicht den Umfang der Leistung, sondern nur ihr Ziel fest. Sie sind nicht auf einzelne Gegenstände gerichtet, sondern „auf ein wirtschaftliches Ergebnis, das erst aus dem ganzen Vorgang errechnet werden kann"[25]). Bei der Berechnung des Ergebnisses sind alle die Umstände zu berücksichtigen, welche den fraglichen Zustand berühren. Welche Umstände hierfür in Frage kommen, soll im folgenden bei der Besprechung des Schadensersatzes erörtert werden.

23) Leonhard a.a.O.
24) Leonhard I, S. 321 ff.
25) Leonhard, II. S. 533, 535. Vgl. auch für die ungerechtfertigte Bereicherung die ausgezeichneten Ausführungen Stieves, S. 27 ff.

§ 12.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz.

1. Ein Fremder X. lockt den Hund des A. an sich und nimmt ihn mit. Noch bevor A. seinen Anspruch wegen Entwendung des Hundes geltend machen kann, wird ihm der Hund durch einen Dritten C., der den Diebstahl beobachtet hat, zurückgebracht.
2. Der Hund läuft von selbst zu A. zurück.
3. Ein 6jähriges Kind entwendet in einem Warenhaus einen Gegenstand. Der Vater wird als Aufsichtspflichtiger auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Das Kind empfindet Reue und bringt inzwischen den Gegenstand selbst zurück.
4. Der Vermund des unehelichen Kindes unterschlägt die Unterhaltsgelder, die er an dessen Pflegeeltern abführen soll. Seine Frau händigt ohne sein Wissen bei einem Besuch der Pflegeeltern diesen das Geld aus.
5. Der bei einem Autounfall verletzte A. verlangt von dem Fahrzeughalter B. gemäß § 249 Satz 2 BGB. für eine durch den Unfall erforderlich gewordene Operation einen bestimmten Geldbetrag. Bevor B. zahlt, wird der körperliche Schaden des A. von selbst behoben.
6. Der Bauer B. benutzt das Wasser eines Baches zur Bewässerung seiner Wiese, indem er es durch einen Damm auf sein Grundstück leitet und entzieht dadurch dem wasserberechtigten A. das für den Betrieb seiner Mühle notwendige Wasser. A. verlangt von B. Beseitigung des Dammes. B. weigert sich, diesem Verlangen nachzukommen. Alsbald darauf eintretendes Hochwasser schwemmt den Damm hinweg.
7. A. bringt ohne Genehmigung des B. auf dessen Grundstück ein Reklameschild an. A. weigert sich, dem Verlangen des B. auf Beseitigung des Schildes nachzukommen. In der Nacht wird das Schild von jungen Burschen, die sich einen Spaß daraus machen, Schilder zu vertauschen, entfernt und am Hause des C. aufgehängt.
8. A. leitet durch ein Rohr Abwässer seiner Fabrik auf die Grundstücke des B. und des C. B. verlangt ohne Erfolg Beseitigung. C. entfernt eigenmächtig das Rohr.
9. Die Fabrik brennt nieder, sodaß der Betrieb still liegt.

In den Fällen 1–5 erlischt der Anspruch des Gläubigers auf Leistung und dementsprechend die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung mit der auf andere Weise als durch Erfüllung erreichten Erfolgsherstellung. Dieser Fortfall der Verpflichtung beruht, wie die Zusammenstellung mit den Ansprüchen aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten sowie dem Nachbarrecht (Fall 6—9) verdeutlicht, auf der Beseitigung eines bestimmten Zustandes, also lediglich darauf, daß die eingetretenen Veränderungen eine End-

bedingung erfüllen, von der die Schuld abhängt[26]). Daß der Verpflichtete nicht tätig geworden ist, ist unerheblich. Die Befriedigung braucht hier garnicht durch einen Menschen zu erfolgen. Es ist nicht entscheidend, ob eine Handlung vorgenommen wird, sondern ob ein bestimmter Erfolg eintritt.

Bei diesen Fällen der Naturalrestitution ist die Sachlage klar. Zweifelhaft ist jedoch, ob und wann eine Veränderung oder Beseitigung des Zustandes, d. h. des Schadens, vorliegt, wenn dem Gläubiger im Zusammenhang mit dem Schadensereignis irgend ein Wert zufließt oder wenn sein Schaden sonstigen entgegengesetzten günstigen Einwirkungen unterliegt. Ist also der Schaden beseitigt oder vermindert, wenn dem körperlich Verletzten von einem Dritten aus Mitleid ein größerer Betrag zugewendet wird? Wenn er auf dem Krankenbett eine gewinnbringende Erfindung macht? Muß er sich die Ersparnisse anrechnen lassen, die er durch den Krankenhausaufenthalt hinsichtlich seines Unterhaltes macht? Wie, wenn in dem oben unter 4. angeführten Beispiel die Pflegeeltern auf Nachleistung der Unterhaltsleistungen verzichten?[27]) Muß der Tierhalter dem Bettler, dem sein Hund die Hose zerrissen hat und der von dem Nachbarn aus Mitleid eine neue Hose bekommen hat, Schadensersatz leisten? Kann der Käufer von seinem Verkäufer, der ihm minderwertige Sachen, z. B. nicht vollwertige Aktien geliefert hat, eigenen Schadensersatz verlangen, wenn er die Sachen doch voll verwerten konnte, z. B. weil sie ihm ohne Beanstandungen wieder von einem Dritten zum Einkaufspreis abgenommen worden sind?[28]) Muß der durch den Erwerb einer unsicheren Hypothek Geschädigte sich den Gewinn anrechnen lassen, den er dadurch macht, daß er das Grundstück in der Zwangsversteigerung billig erwirbt?[29])

Sicher ist zunächst soviel, daß irgendein Zusammenhang zwischen dem Schadensereignis und dem Vorteil bestehen muß, wenn dieser anrechnungsfähig sein soll. Man hält den Vorteil allgemein dann für anrechnungsfähig, wenn er durch dasselbe Ereignis verursacht worden ist, das den Schaden herbeigeführt hat. Dabei ist unerheblich, ob der Vorteil erst eine mittelbare Folge des Schadensereignisses ist, denn ebenso wie jede nur mittelbare nachteilige Wirkung des schädigenden Ereignisses muß auch jeder mittelbare Vorteil berücksichtigt werden[30]). Der Schadensersatz soll ja nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen. Andererseits ist es nicht angängig, solche Vorteile zur Anrechnung zu bringen, „für deren Entstehung das schädigende Ereignis nicht die eigentliche Ursache, son-

26) Vgl. Leonhard, I. S. 40.
27) Vgl. RG. 96, S. 143.
28) Vgl. RG. 59, S. 239.
29) Vgl. RG. 100, S. 255; JW. 1921, S. 268.
30) Vgl. Staudinger Vorbem. zu §§ 249 255 III 3; Oertmann Vorbem. zu §§ 249—254, Bem. 5 c. — RG. 80, S. 159.

dern nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung bildete"[31]). Es muß adäquater Zusammenhang bestehen. Hieraus ergibt sich, daß in den oben angeführten Beispielen der Verletzte sich anrechnen lassen muß, was er durch die Unterhaltung im Krankenhaus erspart, nicht aber, was er von dem Dritten aus Mitleid geschenkt bekommt, auch nicht den Gewinn aus der Erfindung. Denn diese Vorteile stehen in keinem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Schadensereignis. Das gleiche gilt in den oben angeführten Fällen für den Verzicht der Pflegeeltern auf die Pflegeunkosten[32]) und für die Zuwendung des Nachbarn an den Bettler.

Ebenso müßte vom Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhangs in den Fällen der Schlechtlieferung durch den Verkäufer und des Erwerbs der unsicheren Hypothek die Anrechnung des Vorteils abgelehnt werden. Denn es entspricht nicht dem gewöhnlichen oder wahrscheinlichen Verlauf der Dinge, daß der Käufer eine schlechte Ware anstandslos von seinem Nachmann abgenommen erhält. Erst recht läßt sich dies nicht von dem billigen Erwerb des Hauses in der Zwangsversteigerung behaupten, dies schon deshalb deshalb nicht, weil in den meisten Zwangsversteigerungen nicht nur ein Hypothekengläubiger ausfällt, sondern mehrere, andererseits aber immer nur einer von ihnen das Grundstück erwirbt[33]). Und doch hat das Reichsgericht in einigen dieser Fälle die Anrechenbarkeit des Vorteils bejaht. Zu Recht! Während es in älteren Entscheidungen[34]) die Anrechnung abgelehnt hat, weil es an einem adäquaten Kausalzusammenhang mangele — der Erwerb beruhe auf einem selbständigen spekulativen Entschluß des Gläubigers — hat es später[35]) die Anrechnung zugelassen, wenn Schaden und Vorteil auf „ein und demselben Ereignis" beruhen[36]). In einigen Entscheidungen[37]) drückt es dies so aus, daß Vorteil und Schaden die gleiche Wurzel haben müssen und läßt dabei eine weitherzige Auslegung Platz greifen. Damit gibt es das Erfordernis der adäquaten Verursachung für die Vorteilsausgleichung auf. Es verkennt aber anderseits nicht, daß diese Auslegung zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann und macht daher die Einschränkung, daß Vorteil und Nachteil sich gleichzeitig gegenübertreten müssen. In RG. 100 S. 255 wird dazu ausgeführt, daß „der Begriff der Gleichzeitigkeit ebensowenig wie der der Einheitlichkeit des Ereignisses zu pressen sei". Doch „müsse es sich immer um einen im wesentlichen gleichzeitig erlangten Vorteil handeln". Es hat deshalb in dem diesem Urteil zu Grunde liegenden Fall angenommen, daß der durch den Erwerb des belasteten Grundstücks

31) Oertmann a.a.O. 5 c Abs. 4.
32) RG. 96, S. 146.
33) Leonhard I, S. 207.
34) Vgl. etwa RG. 65, S. 61 ff.; 80, S. 162.
35) Vgl. RG. 84, S. 388; 100, S. 257.
36) RG. 84, S. 388.
37) z. B. RG. 100, S. 255.

erlangte Vorteil nicht anzurechnen sei, weil die Wertsteigerung des Grundstücks erst später nach der Zwangsversteigerung aus unvorhersehbaren Umständen eingetreten sei.

In dieser bedeutsamen Entscheidung treten die beiden für die Frage der Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung maßgebenden Gesichtspunkte hervor. Es sind dies die Frage nach dem inneren Zusammenhang und die Frage nach dem Zeitpunkt, bis zu welchem Ereignisse noch berücksichtigt werden. Je nach Lage des Falles ist bald der eine, bald der andere von besonderer Bedeutung. Das beruht darauf, daß der Schadenserſatzanspruch als Enderfolgsschuld nicht bestimmte Stücke zum Gegenstand hat, sondern ein wirtschaftliches Endergebnis, das erst aus dem gesamten Vorgang errechnet werden kann. Bei dieser Berechnung sind nämlich zwei Wege möglich[38]): Entweder betrachtet man es so, daß der Schaden nur scheinbar höher, in Wirklichkeit aber bei richtiger Anrechnung des Vorteils geringer, also vornherein gemindert ist, oder man nimmt an, daß der Schaden zunächst in vollem Umfang entstanden und dann durch das vorteilbringende Ereignis wieder zum Teil oder ganz ausgeglichen ist. Welche Art der Berechnung Platz zu greifen hat, richtet sich nach dem Einzelfall und der Lebensauffassung. Wenn der Verkäufer einer Sache den gewinnbringenden Weiterverkauf des Käufers dadurch verhindert, daß er die Sache einem anderen zu Eigentum überträgt, so wird man den für die Sache zu zahlenden Kaufpreis schon als eine Minderung des Schadens betrachten. Umgekehrt erscheint der eingetretene Schaden oft schon als eine abgeschlossene Größe, so wenn eine Sache zerstört ist. In solchen Fällen wird man deshalb entstandene Vorteile, wie etwa einen Ersatzanspruch, als Ausgleichsposten betrachten. Ist wie in dem ersten Falle die Höhe des Schadens streitig, so sind naturgemäß nur solche Ereignisse zu berücksichtigen, die zeitlich vor Abschluß der Schadensberechnung liegen. Dabei spielt dann die Frage, ob ursächlicher Zusammenhang besteht, keine Rolle mehr. Der Schaden, den die Berechnung feststellt, ist vielmehr das Ergebnis eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs[39]), der alle Vorteile und Nachteile umfaßt, die aus der gleichen Wurzel entspringen. Der Begriff des Schadens ist ja nicht nur ein juristischer, sondern zunächst ein wirtschaftlicher. Danach erzeugt das schadenstiftende Ereignis einen bestimmten wirtschaftlichen Zustand (betrachtet in Bezug auf eine bestimmte Person, nämlich den Geschädigten). Wirtschaftlich beeinflußt aber ein jeder Vorteil, der zeitlich vor der maßgeblichen Schadensberechnung liegt, die Lage des Geschädigten, auch wenn er nicht gerade eine adäquate Folge des die Verantwortlichkeit herbeiführenden Verhaltens ist. Ist dagegen der einheitliche wirtschaftliche Vorgang abgewickelt und damit der Schaden zu einer feststehenden

38) Vgl. Leonhard I, S. 205 u. S. 208, II, S. 536.
39) Vgl. Leonhard, I, S. 207; II, S. 535.

und abgeschlossenen Größe erstarrt, dann kann es sich nur noch fragen, ob dieser fertige Schaden durch einen anderen vorteilhaften Umstand einen gewissen Ausgleich findet. Für diese Fälle aber ist der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung und des ursächlichen Zusammenhangs nicht zu entbehren[40]).

Diese Unterscheidung ermöglicht die Entscheidung der Fälle, in denen der geschädigte Hypothekengläubiger das Grundstück erwirbt. Der dem Hypothekengläubiger erwachsene Vorteil ist dann anrechenbar, wenn das Grundstück den höheren Wert schon im Zeitpunkt der Zwangsversteigerung gehabt hat. Letztere bildet den Zeitpunkt, in dem der Schaden erst endgültig erwächst. Der gleichzeitig dem Gläubiger durch den billigen Erwerb zufließende Vorteil steht im engsten wirtschaftlichen Zusammenhang mit seinem Schaden und ist daher nach dem oben Ausgeführten anzurechnen. Steigt aber der Wert des Grundstücks erst nach erfolgter Zwangsversteigerung, so bedeutet das einen Vorteil, der nach dem Zeitpunkt der Schadensberechnung eingetreten ist. Da in einem solchen Falle ursächlicher Zusammenhang bestehen muß, hat eine Anrechnung des Vorteils nicht zu erfolgen.

Die Form des Ausgleichs ist je nach den Umständen verschieden. Sind Gegenstand des Schadensersatzanspruchs und Vorteil gleichartig, z. B. beide Geld, so erfolgt die Anrechnung einfach dadurch, daß der Vorteil in Abzug gebracht wird. In allen anderen Fällen erfolgt die Anrechnung durch Herstellung des früheren Zustandes Zuo um Zug gegen Herausgabe des Vorteils. Das Recht, den Ausgleich in dieser Form zu verlangen, spricht das Gesetz im § 255 BGB. dem Geschädigten ausdrücklich zu. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für den dort geregelten Fall, daß der Geschädigte wegen des Verlustes einer Sache oder eines Rechts einen Ersatzanspruch gegen Dritte hat, sondern allgemein für jeden Schadensersatzanspruch. Umgekehrt muß aber der Geschädigte auch das Recht haben, den erlangten Vorteil zu behalten, wenn er dem Schadensersatzpflichtigen den Wert vergütet.

Die Gestaltung des Schadensersatzanspruchs als Enderfolgsschuld erklärt schließlich auch, daß mehrere zum Schadensersatz Verpflichtete als Gesamtschuldner zu behandeln sind. (Vgl. z. B. § 840 BGB.)[41]) Entscheidendes Merkmal für die Gesamtschuld ist nämlich, daß die mehreren Schulden durch denselben Akt getilgt werden und im Innenverhältnis eine Verteilung der Schuld auf die einzelnen Gesamtschuldner eintritt, mit anderen Worten: die einzelnen Schuldner müssen durch eine Tilgungsgemeinschaft verbunden sein[42]). Der Schadensersatzanspruch ist nun, wie wir sahen, dadurch bedingt, daß noch ein Schaden besteht. Wenn die Ansprüche gegen die Ersatz-

40) Vgl. Leonhard I, S. 208.
41) Leonhard I, S. 739.
42) Im einzelnen dazu Leonhard, I. S. 736, 738 ff.

pflichtigen mit der Zahlung durch einen von ihnen fortfallen, so beruht das also darauf, daß durch diese Zahlung der Schaden getilgt ist[43]). Daher ist auch eine Gesamtschuld gemäß § 840 BGB. nicht nur dann vorhanden, wenn die unerlaubten Handlungen der einzelnen Ersatzpflichtigen im Zusammenhang stehen (§ 830 BGB.), sondern auch dann, wenn mehrere nicht in Verbindung stehende Personen den Schaden selbständig verursacht haben[44]).

§ 13.
Die ungerechtfertigte Bereicherung.

A. klagt gegen B. aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe eines Gegenstandes, den er dem B. übereignet hat. Der Bereicherungsanspruch des A. ist ebenso wie die Ansprüche bei anderen Enderfolgsschulden von einem bestimmten Zustand abhängig, nämlich der Bereicherung des B. Wird dieser Zustand beseitigt. so erlischt der Anspruch. Dabei kommt es lediglich auf diesen Zustand — die Bereicherung des B. — an, nicht auf einen anderen bei dem A. bestehenden Zustand, nämlich dessen Entreicherung. Denn gleichgültig, ob diese noch weiter besteht, entfällt der Anspruch, wenn der B. nicht mehr bereichert ist. Dies trifft die Fälle der Leistung aus einseitig verpflichtenden Verträgen und aus gegenseitigen Verträgen, wenn lediglich eine der Vertragsparteien geleistet hat. Soweit ist die Sachlage einfach und ohne Zweifel.

Wie aber, wenn beim gegenseitigen Vertrag auch die Gegenleistung ganz oder teilweise erbracht ist? Hier stehen sich zwei Lehren gegenüber.

Die Zweikondiktionentheorie[45]) betrachtet als Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung den Anspruch auf Rückgabe der empfangenen Leistung (in Natur, soweit sie beim Schuldner noch vorhanden ist, sonst dem Werte nach). Sie muß daher zwei sich gegenüberstehende Ansprüche annehmen, zwischen denen eine Verbindung nur nach den Regeln der Aufrechnung oder des Zurückbehaltungsrechtes möglich ist.

Die Saldotheorie[46]) lehrt, daß nur ein Anspruch bestehe, nämlich auf Ausgleichung. Die beiderseitigen Vermögenslagen vor und nach der Vermögensverschiebung werden unter Berücksichtigung aller durch diese erwachsenen Nachteile und Vorteile miteinander verglichen. Der Überschuß, der sich bei Errechnung des Saldos für eine der Parteien ergibt, ist die Bereicherung. Hierbei sind Leistung

43) Leonhard I, S. 40 u. 739.
44) So richtig RG. 96, S. 225.
45) Oertmann DJZ. 15, S. 1063 ff. Recht 19, S. 329 ff. Komm. § 818. Bem. 3 a.α. u. zit.; fern. Kreß, S. 372.
46) Schrifttum bei Weintraud, S. 90 ff.

und Gegenleistung nicht mehr Gegenstand eines selbständigen Herausgabeanspruchs wie bei der Zweikondiktionentheorie, sondern bloße Abzugsposten. Die Höhe dieser Abzugsposten ist gleich dem Wert der Leistungen im Zeitpunkt ihrer Hingabe. Sie wird durch das weitere Schicksal der Leistungen nicht mehr berührt.

Nach der Zweikondiktionentheorie muß der Bereicherungsbeklagte seine Rechte durch Aufrechnung oder Zurückbehaltung geltend machen, während nach der Saldotheorie die Anrechnung ohne weiteres erfolgt. Abgesehen davon ist der praktisch wichtigste Unterschied dieser beiden Theorie folgender: Ist die Gegenleistung des Bereicherungsbeklagten ersatzlos untergegangen oder auf sonstige Art ersatzlos aus dem Vermögen des Klägers gelangt, so bleibt sie nach der Zweikondiktionentheorie außer Ansatz, denn sie kann nur unter dem Gesichtspunkt berücksichtigt werden, daß für sie ein besonderer Bereichungsanspruch besteht. Dieser erfordert jedoch, daß die Bereicherung noch nicht fortgefallen ist. Nach der Saldotheorie wird die Gegenleistung voll angerechnet, weil sie nur einen durch ihr weiteres Schicksal nach der Hingabe nicht mehr zu ändernden Abzugsposten darstellt.

Man entscheidet sich jetzt immer mehr für die Saldotheorie. Mit Recht! Uneingeschränkten Beifall kann aber nur eine Ausgestaltung dieser Theorie verdienen, die einerseits nicht mit dem Wortlaut oder doch dem Sinn des Gesetzes im Widerspruch steht und bestimmt genug ist, andererseits aber auch genug Elastizität besitzt, um allen Fällen gerecht zu werden und billige, dem gesunden Rechtsgefühl entsprechende Entscheidungen zu ermöglichen. Eine gleichmäßige Behandlung aller Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung wäre allerdings unmöglich, wenn die Saldotheorie ohne Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes (§ 818 Abs. 2 BGB.) nur dort anwendbar wäre, wo beide Leistungen nicht mehr in Natur zurückgegeben werden können[47]). Eine solche Einschränkung ist jedoch unbegründet. Diese Ansicht verkennt ebenso wie die Zweikondiktionentheorie den Gegenstand der Leistung. Man stützt sich darauf, daß das nach § 812 herauszugebende „Etwas" nur der Leistungsgegenstand selbst sein könne, nicht aber die „Bereicherung". Das ist richtig und ergibt sich auch aus § 818 Abs. 2 BGB., der von der Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten spricht. Die bloße Bereicherung kann auch schon deshalb nicht gemeint sein, weil es Fälle gibt, bei denen mehr herauszugeben ist (§ 819 BGB.). Die „Bereicherung" ist eben nur ein Maß- und Rechnungsbegriff[48]). Aber andererseits kann sich der Schuldner auf eine Minderung der Bereicherung berufen. Dies ergibt sich aus § 818 Abs. 3 BGB. und muß nach dessen Sinn nicht nur gelten, wenn die Bereicherung nachträglich fortgefallen ist, sondern auch dann, wenn der bereichernde Umstand zugleich auch einen

47) So z. B. Enneccerus-Lehmann § 224 III.
48) RGRK. Vorbem. vor § 812 Bem. 4.

Nachteil für das Vermögen des Bereicherten verursacht hat[49]). Hieraus ergibt sich, daß der Bereicherungsanspruch nicht eine von vornherein feststehende Größe, sondern einen erst durch Aufstellung einer Berechnung feststellbaren Vermögenswert zum Gegenstand hat. Bei dieser Berechnung muß bald eine von vornherein eingetretene Minderung, bald ein nachträglicher teilweiser Fortfall der Bereicherung berücksichtigt werden. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ist, wie schon Stieve zutreffend erklärt[50]), ein „variabler abstrakter Vermögenswert". Das beruht darauf, daß die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung eine Enderfolgsschuld ist: sie ist nicht auf einzelne Gegenstände, sondern auf ein Endergebnis gerichtet, das sich erst aus dem ganzen Vorgang berechnen läßt[51]).

Nehmen wir folgenden Fall: Der Onkel O. übereignet seinem Neffen N., der sich als Siedler niederläßt, ein Pferd, das bald darauf fohlt. Der zugrunde liegende Kaufvertrag ist wegen Dissenses nichtig. N. benutzt das Pferd zu sämtlichen in seinem Betrieb erforderlichen Arbeiten. Auf einer Ausstellung erhält das Pferd einen Preis in Form eines landwirtschaftlichen Gerätes. Infolge unsachgemäßen Fütterns erkrankt das Pferd. Obwohl sich ein Tierarzt um das Pferd bemüht, verendet es. Da der obligatorische Vertrag ungültig ist, macht O. Ausgleichsansprüche aus § 812 BGB. geltend. Was kann er von N. verlangen? Er hätte zunächst das Pferd herausverlangen können. Da es verendet ist, fällt dieser Anspruch fort. Er kann nunmehr das Fohlen, den Preis und das, was N. erspart und an Nutzungen bezogen hat, verlangen, letztere aber wiederum nur insoweit, als sie tatsächlich noch eine Vermögensvermehrung des N. ausmachen. Demgegenüber kann N. die Kosten für den Tierarzt anrechnen, wobei es unerheblich ist, daß das Pferd eingegangen ist, denn insoweit ist seine Bereicherung gemindert worden. Der Anspruch des O. richtet sich also auf: Fohlen + Preisgegenstand[52]) + durch Gebrauch des Pferdes gemachte Ersparnisse + gezogene und noch im Vermögen des N. befindliche sonstige Nutzungen — Arztkosten. Das alles steckt in dem einen Bereicherungsanspruch. Im RGRK.[53]) wird dies so ausgedrückt, daß Gegenstand des Bereicherungsanspruchs eine Leistung des Bereicherten sei, derart, daß er den Unterschied zwischen der Entreicherung des einen und der Bereicherung des anderen nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB. ausgleiche. Es ist daher eine viel zu enge Betrachtungsweise, wenn man als Gegenstand des Anspruchs den gelieferten Gegenstand bezeichnet. Der Schuldner soll ausgleichen. Das ist das Entscheidende. Dieser Ausgleich soll aber nach dem

49) Vgl. Leonhard II, S. 532 ff.; Oertmann § 818, Bem. 3 a β.
50) S. 28.
51) Vgl. Leonhard II, S. 533.
52) Vgl. Oertmann § 818 Bem. 2 b α.
53) Vorbem. vor § 812 Bem. 4 u. 5 b.

Willen des Gesetzes (§ 812 BGB.) unter Rückgabe des erhaltenen Gegenstandes geschehen. Auf eine nähere Regelung hat sich das Gesetz nicht eingelassen. Man darf nun aber nicht in den Fehler verfallen, ohne weiteres gesetzliche Bestimmungen aus dem allgemeinen Schuldrecht zur Ausfüllung dieser Lücke heranzuziehen wie etwa die Grundsätze der Aufrechnung für die Anrechnung der auf den Bereicherungsgegenstand gemachten Verwendungen. Damit würde man gegen den in § 818 Abs. 3 BGB. zum Ausdruck gekommenen Grundsatz, daß der Schwerpunkt der Bereicherung im Wirtschaftlichen liegt[54]), verstoßen. Denn man würde dann das, was wirtschaftlich eine Einheit bildet, durch Anwendung unpassender Rechtssätze zerreißen[55]). Dies wird auch von Anhängern der Zweikondiktionentheorie anerkannt[56]). So führt z. B. Oertmann[57]) für den Fall, daß die Vermögensminderung zugleich mit der Bereicherung eingetreten ist aus: „Wie beim Ersatz-, ist auch beim Bereicherungsanspruch eine Gesamtbeurteilung erforderlich. Das folgt mit Sicherheit aus seinem in § 818 zu Grunde gelegten Prinzip. Beruft der Beklagte sich auf derartige Abzugsposten, so bedeutet das keine besondere Aufrechnung mit einer selbständigen Gegenforderung. Es handelt sich vielmehr gegenüber dem auf naturale Rückgabe gerichteten Bereicherungsanspruch um eine selbständige Ausgleichsforderung, die in ihrer rechtlichen Eigenart etwa der Abtretungspflicht nach § 255 gleichartig ist; gegenüber dem Werterstattungsanspruch um einen dessen Höhe von selbst mindernden Anrechnungsposten." Auch bei der Frage der Anrechnung von Verwendungen spricht Oertmann nicht von Aufrechnung[58]).

Anders entscheiden aber die Anhänger der Zweikondiktionstheorie, wenn die Verrechnung von Leistung und Gegenleistung zur Erörterung steht. Man erklärt es für falsch, die Anrechnung der Gegnleistung damit zu begründen, daß sie eine Folge der die Bereicherung begründenden Leistung sei. Die Gegenleistung erfolge garnicht auf Grund des kausalosen Erwerbes, sondern weil jede Partei sich irrig auf Grund des abgeschlossenen Vertrages für verpflichtet halte[59]). Die Saldotheorie „beruhe auf dem Fehler, beim nichtigen Geschäft einen einheitlichen Entstehungsgrund für die beiderseitigen Bereicherungsansprüche anzunehmen. Das nichtige Geschäft als solches lasse keine Rechte übergehen. Dies geschehe erst durch die darauf vollzogenen abstrakten Leistungen oder gar, z. B. bei Geschäftsunfähigkeit einer Partei, die Vermischung der beiderseitigen Leistungen."[60]) Dem ist entgegenzuhalten, daß die Gegen-

54) Weintraud, S. 70 u. RGRK. a.a.O. Bem 5 d.
55) Vgl. auch RGRK. a.a.O.
56) Vgl Oertmann § 818 Bem. 3 a β.
57) a.a.O.
58) a.a.O. Bem. 3 a α.
59) Oertmann Komm. § 818 Bem. 3 a α u. zit.
60) Oertmann a.a.O.

leistung nicht nur gemacht wird, um die vermeintliche Verpflichtung zu erfüllen, sondern in erster Linie, um die Leistung zu behalten oder zu bekommen[61]).

Darauf kommt es aber auch gar nicht entscheidend an. Maßgebend ist vielmehr, daß beide Leistungen einen einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang darstellen[62]). Genau so wie bei dem Schaden (s. oben S. 65) handelt es sich bei der ungerechtfertigten Bereicherung um einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg. Alle im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem bereichernden Umstand stehenden Ereignisse berühren daher auch die Bereicherung. So läßt sich ungezwungen erklären, daß Prozeß- und Frachtkosten, die für die Vermögensverschiebung aufgewendet worden sind, Abzugsposten für die Bereicherung bilden[63]). Ebenso wird die Bereicherung mit der Erbringung der Gegenleistung um deren Wert gemindert, weil die Gegenleistung in einem kaum enger denkbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Leistung steht und auch beide gleichzeitig oder doch wesentlich gleichzeitig erfolgen.

§ 14.
Die Unterhaltspflicht.

Zum Schluß sei noch kurz die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt behandelt. Auch sie ist eine Enderfolgsschuld. Das ergibt sich ohne weiteres aus ihrer Natur. Auch hier ist die Beseitigung der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten eine Endbedingung, von der die Schuld abhängt. Die Unterhaltspflicht erlischt daher, wenn der Unterhaltsberechtigte wieder genug Einkommen hat oder etwa eine reiche Erbschaft macht. Dies gilt für den Unterhalt in der Zukunft. Hinsichtlich des Unterhalts für die Vergangenheit bestimmt § 1613 BGB., daß der Berechtigte Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur von der Zeit an fordern kann, in welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Diese Bestimmung zeigt recht deutlich, worauf das Erlöschen der Enderfolgsschulden beruht. Nehmen wir einmal den Fall, daß der Unterhaltsberechtigte sich in der Vergangenheit buchstäblich durchgehungert hat. Das Erlöschen der Schuld kann hier nicht auf Erreichung des Leistungszwecks, d. h. einer Vermögensänderung zu Gunsten des Gläubigers (s. oben § 10) beruhen. Der Unterhaltsberechtigte hat ja nichts bekommen, weder durch den Unterhaltsverpflichteten, noch durch einen Dritten. Ebensowenig beruht die Schuldtilgung etwa umgekehrt auf einge-

61) RGRK. a.a.O. Enneccerus-Lehmann § 224 III 3.
62) Leonhard II, S. 535. Ausführlich Weintraud. S. 66 ff.; vgl. auch RGRK. a.a.O.
63) Leonhard II, S. 536.

tretener Unmöglichkeit. Der Unterhaltsverpflichtete kann ja noch die fällig gewesenen Unterhaltsbeträge leisten. Das Erlöschen des Anspruchs beruht vielmehr darauf, daß der Zustand, der den Unterhaltsanspruch bedingt, nämlich die Bedürftigkeit, durch Zeitablauf fortgefallen ist. Gegen diese Erklärung des § 1613 BGB. scheint § 1711 BGB. zu sprechen, der bestimmt, daß das uneheliche Kind den Unterhalt auch für die Vergangenheit verlangen kann. Aber der regelmäßige Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gemäß § 1708 Abs. 1 ist von dessen Bedürftigkeit gar nicht abhängig. Diese abweichende Regelung erklärt sich daraus, daß die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters nicht auf der allgemeinen Unterhaltspflicht kraft Verwandtschaft beruht[64]), sondern „auf dem Boden des schuldrechtlichen Charakters der ordentlichen Unterhaltspflicht des unehelichen Vater gewachsen ist“[65]). Anders ist es allerdings bei dem außerordentlichen Unterhaltsanspruch gemäß § 1708 Abs. 2 BGB. Dieser erfordert Bedürftigkeit des Kindes. Auf diesen Anspruch ist aber § 1711 BGB. nicht anwendbar. An seine Stelle tritt § 1613 BGB.[66]).

Da auch bei der Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts eine Tilgungsgemeinschaft der Unterhaltsverpflichteten besteht, sind diese alle Gesamtschuldner. Anders ist dies aber, wenn neben dem gesetzlich verpflichteten Verwandten noch ein Dritter auf Grund eines Vertrages Unterhalt zu leisten hat. Befreit wird hier nur der gesetzlich Verpflichtete, wenn der Vertragsschuldner leistet, weil dadurch die für die gesetzliche Unterhaltspflicht erforderte Bedürftigkeit beseitigt ist. Nicht aber wird der Vertragsschuldner befreit, wenn der Verwandte den Unterhalt gewährt[67]), weil bei der vertraglichen Schuld, insbesondere bei entgeltlichen Verträgen, nicht wie bei der gesetzlichen eine derartige Abhängigkeit von der Beseitigung der Bedürftigkeit besteht. Es kommt hierbei im Wesentlichen darauf an, wie der Vertrag auszulegen ist[68]).

64) Vgl. z. B. Eck-Leonhard, S. 506.

65) Korn, S. 794.

66) RGRK. § 1711 Anm. 1. — Korn a.a.O., S. 795. — Mantey, S. 32 u. a. a. A. Staudinger § 1711 Anm. 1 und zit. — Vgl. auch Eck-Leonhard, Seite 507.

67) Zutreffend Schmidt, S. 45 Anm. 1; Leonhard I, S. 739. a. A. Klingmüller, S. 40, Anm. 4, der mit dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung argumentiert.

68) Schmidt, S. 46.

Lebenslauf

Am 25. März 1912 wurde ich zu Treysa, Kreis Ziegenhain, als Sohn des Reichsbahninspektors Heinrich Stolze und seiner Ehefrau Auguste, geb. Scheele, geboren. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule in Kassel und der Vorschule in Hofgeismar trat ich in die Sexta des Realgymnasiums, jetzigen Reformrealgymnasiums, zu Hofgeismar ein und verließ im Frühjahr 1930 die Schule mit dem Zeugnis der Reife. In München, Kiel und Marburg studierte ich Rechtswissenschaft. Im April 1934 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit meiner Ernennung zum Referendar im Mai 1934 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Ernst Stolze, Gerichtsreferendar.